

INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO - FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



A Mediação Familiar no Sistema Jurídico Português

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Justiça Alternativa, orientada pelo Professor Doutor Rui de Alarcão e com a co-orientação da Mestre Rita Lages.

Paula Alexandra da Costa Gaspar

Coimbra, Março de 2012

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS E SIGLAS.....	4
RESUMO.....	5
I PARTE – UMA APROXIMAÇÃO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PORTUGAL	
1 Introdução.....	8
2 Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC)	
2.1 <i>Considerações gerais</i>	11
2.1.1 <i>Considerações conceptuais</i>	14
2.2 <i>Os MARC na União Europeia</i>	18
2.3 <i>A Mediação: origem e definição legal</i>	22
2.4 <i>A Mediação como ex-líbris dos MARC</i>	24
2.4.1 Características	
2.4.1.1 Vantagens.....	26
2.4.1.2 Desvantagens.....	28
2.4.2 Princípios regentes.....	30
2.4.3 Etapas do processo.....	36
3 A Mediação e os seus sujeitos	
3.1 <i>O Mediador</i>	39
3.1.1 O perfil do Mediador.....	39
3.1.2 As Competências.....	44
3.1.3 Os Deveres.....	45
3.1.4 Os Mediados.....	48
3.1.5 Advogado.....	49
4 A Mediação nos diferentes estilos	
4.1 <i>Familiar</i>	53
4.2 <i>Laboral</i>	56
4.3 <i>Penal</i>	60

5 A Mediação nos diferentes modelos e escolas

5.1 <i>Modelo linear de Harvard</i>	65
5.2 <i>Modelo Transformador</i>	66
5.3 <i>Modelo Circular – Narrativo</i>	67

II PARTE – A MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PORTUGAL

1 A Mediação Familiar

1.1 Conceito e evolução.....	68
1.1.1 O Compromisso das Partes.....	73
1.1.2 A Separação, o Divórcio e os Filhos.....	73
1.2 <i>Características</i>	75
1.3 <i>Regime jurídico</i>	77
1.3.1 Os actores da Mediação familiar.....	80
1.3.2 O valor jurídico dos acordos em mediação familiar.....	81
 projecção de futuro	84
 CONCLUSÃO	87
 BIBLIOGRAFIA	88
 PÁGINAS ELECTRÓNICAS CONSULTADAS	91

Abreviaturas e Siglas

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

AMC – Associação de Mediadores de Conflitos

ANMF – Associação Nacional para Mediação Familiar

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPC – Código Processo Civil

CRC – Código do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto Lei

GMF – Gabinete de Mediação Familiar

i.e. – *id est*

IPMF – Instituto Português de Mediação Familiar

LJP – Lei dos Julgados de Paz

MARC – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

P(p) – página(s)

SMF – Sistema de Mediação Familiar

SML – Sistema de Mediação Laboral

SMP – Sistema de Mediação Penal

Resumo

Definindo o carácter extrajudicial dos MARC como uma nova face da Justiça e a desjudicialização de algumas matérias do direito português, pretendemos, com o presente trabalho, dar uma imagem transversal dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos.

Para isso, procuraremos avaliar o papel impulsionador da experiência norte-americana e europeia no desenvolvimento destes mecanismos.

O nascimento da justiça de proximidade para resolver causas menos complexas, em confronto com a realidade da justiça tradicional, com dificuldade de dar resposta de forma eficaz aos inúmeros processos pendentes.

Neste nosso trabalho, tentaremos numa primeira parte, focar os principais ideais dos Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos, caracterizando-os desde a sua origem até à sua aplicabilidade, passando pelos seus pressupostos procedimentais. Daremos algum destaque aos elementos pessoais, estruturais e instrumentais que compõem e permitem o funcionamento destes mecanismos.

Trataremos as questões relacionadas com a formação e a competência dos mediadores como terceiros imparciais, centraremos a Mediação como ex-líbris dos MARC, dando especial atenção neste trabalho, à Mediação Familiar, e analisaremos as propostas de resolução de conflitos com base nos diferentes modelos de Mediação, usando as diversas técnicas de construção do diálogo como forma de resolução pacífica do conflito. Analisaremos de forma geral o contexto sociocultural e económico onde os MARC se encontram inseridos. Daremos especial relevância aos acordos conseguidos e consequente taxa de sucesso na implementação destes mecanismos. Não esqueceremos, contudo, de realçar a importância da União Europeia, na criação e desenvolvimento de estruturas extrajudiciais para solucionar o congestionamento dos tribunais judiciais.

Numa segunda parte, abordaremos a Mediação Familiar em Portugal nos seus mais variados contextos, em particular, o seu regime jurídico e principais problemas.

Por fim, numa terceira parte, além de explorarmos novos caminhos para os MARC, deixaremos algumas notas conclusivas, que nos pareceram merecer destaque.

Este trabalho visa o estudo da Mediação familiar, onde nasce e como se projecta nos diferentes ordenamentos jurídicos, quais as matérias abrangidas por este mecanismo e qual o valor do acordo obtido como contrato de continuidade de relacionamento.

Ainda faremos referência ao regime jurídico que permite a criação e desenvolvimento destas formas extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em suma, o nosso objectivo é mostrar a expansão e a transformação do sistema jurídico, quer seja pela “dejudiciarização” ou pela “desjudicialização” e “uniformização” do direito.

Palavras-chave: mecanismos alternativos de resolução de conflitos, mediação, mediação familiar, desjudicialização.

Abstract:

Defining the extrajudicial character of MARC as a new legislative policy of Justice and the lessening of the jurisdiction of courts concerning some aspects of the Portuguese law, we intend with this work, to give, from a transversal perspective, alternative dispute resolution mechanisms.

In order to achieve this, we will seek to evaluate the leading role of the European and North American experiences in developing these mechanisms.

The birth of local justice to solve less complex causes, compared to the reality of traditional and formal justice, and its difficulty in responding effectively to the resolution of countless pending cases.

In our work we shall attempt, in the first section, to focus on the main ideals of the Extrajudicial Conflict Resolution, characterizing it from its origin to its applicability, not forgetting its underlying procedures. We will give some special attention to the personal,

structural and instrumental elements that are a fundamental part and allow the operation of these mechanisms.

We will address issues related to training and competence of impartial mediators as third parties; we will focus on mediation as an ex-libris of MARC, giving special attention to this work to Family Mediation, and examine proposals for conflict resolution based on different models of mediation using various construction techniques of dialogue as a means of peaceful settlement.

In the second part, Family Mediation in Portugal will be discussed in its various contexts.

We will examine, in general, the socio-cultural and economic background, where MARC are included. We will give special importance to the agreements made and to the consequent success rate in the implementation of these mechanisms. We will not forget, however, to emphasize the importance of the European Union, in the creation and development of extra-judicial infrastructures to solve the congestion of the courts.

Finally, in the third part, we will not only explore new avenues for MARC, but we will also point out some concluding remarks, that we truly believe that need to be highlighted.

This work aims to study family mediation, the place where it was born and how it projects itself in different jurisdictions, the subjects covered by this mechanism and the value of the contract agreement reached as a continuity of relationship.

Furthermore, we will refer to the legal framework that enables the creation and development of these extra-judicial forms of conflict resolution.

In short, our goal is to show the expansion and transformation of the legal system, whether by “dejudicialização” or the “desjudicialização” and “standardization” of the law.

Key-words: alternative dispute resolution, mediation, family mediation, lessening of the jurisdiction of courts (desjudicialização).

I PARTE

UMA APROXIMAÇÃO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PORTUGAL

1. Introdução

A presente dissertação é parte integrante do Mestrado em “Justiça Alternativa” e nela explanaremos, num primeiro momento, alguns dos aspectos mais relevantes dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (doravante MARC) no sistema jurídico nacional, para depois, nos centrarmos em detalhe na análise da Mediação Familiar. Para isso, o nosso trabalho centrou-se, sobretudo, na leitura e análise de obras nacionais e internacionais já editadas acerca desta temática, articulando com a consulta de todos os diplomas legais que regem estas matérias.

A principal questão que pretendemos problematizar resume-se em saber se a Mediação em Portugal, em especial a Mediação Familiar, satisfaz cabalmente os fins para os quais foi criada, ou seja, se, em termos genéricos, as soluções encontradas na Mediação, são, ou não as esperadas, e se, de facto constituem uma verdadeira forma alternativa de resolução de litígios?

A nova relação na administração da justiça, exige por um lado um avanço de métodos e instrumentos de resolução de conflitos e, por outro lado uma necessidade de adaptação urgente da justiça à realidade social e económica, dos cidadãos. Cada vez mais há necessidade do legislador transferir competências do sector judiciário para entidades administrativas, privadas ou mistas¹, de forma a garantir um escoamento de processos pendentes acumulados em tribunais sem solução aparente.

Só uma pluralidade de opções² e serviços de administração jurídica poderão dar um novo caminho, um novo rumo e uma nova visão, à justiça, tornando-a mais acessível, eficiente e participativa.

Por serem hoje objecto de interesse generalizado tanto em Portugal como no estrangeiro, os MARC constituem um paradigma de sucesso na resolução extrajudicial de

¹ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos da Informalização e da Desjudicialização – por Caminhos da Reforma da Administração da Justiça*, (análise comparada), OPJ, Coimbra, 2001, p. 9.

² Falamos por exemplo da criação e desenvolvimento de meios não judiciais de resolução de conflitos, credenciados pelo Ministério da Justiça.

conflitos³. Surgidos nos EUA, na segunda metade do século XX, na sequência de reformas a vários níveis dentro do sistema judicial em virtude das constantes evoluções e necessidades de uma sociedade em pleno desenvolvimento, a sua origem ficou a dever-se especialmente à falta de mecanismos eficazes na resolução de litígios entre os particulares, à incapacidade do sistema em dar resposta ao elevado número de conflitos, ao aparecimento de novos tipos de conflito, bem como à estagnação que se operou nos tribunais devido à sobrecarga de processos e escassez de meios técnicos e materiais.

Os MARC alastraram-se para além das fronteiras norte-americanas e foram bem acolhidos na Europa, nomeadamente, em Portugal. Esta forma alternativa de resolução de conflitos vem revolucionar todo o sistema judicial, com novos e modernos procedimentos, novos instrumentos e técnicos especializados. Surge, assim, uma forma de agilizar e desburocratizar processualmente os tribunais, garantindo um fácil e rápido acesso dos cidadãos à justiça, nos casos em que os MARC são admitidos.

É com esta ideia de novos mecanismos de resolução de litígios que Portugal se compromete a respeitar e fazer cumprir Tratados e Directivas Comunitárias transpondo para o ordenamento jurídico nacional, mecanismos que possam contribuir para uma melhoria significativa na “administração” da justiça. A garantia de eficácia é dada pela preocupação do Parlamento Europeu e do Conselho em criar e estabelecer regras que possam vir a ser adoptadas pelos diversos Estados-Membros.

Estaremos perante uma justiça de proximidade, despida de formalismos, com uma elevada taxa de sucesso, que se traduz no respeito pelas relações interpessoais e pela melhoria da qualidade de vida em sociedade.

Com este trabalho pretendemos de forma aberta, e flexível transmitir o resultado de um estudo de carácter dinâmico e evolutivo, dado que nos movemos em domínios que se encontram em constante mutação, em consequência das frequentes alterações sociais que motivam a sua existência.

É hoje uma evidência a ideia de que o mundo sofreu na última década um processo de transformação na administração da justiça, traduzido numa “juridificação” da sociedade, ou seja, assistimos a um aumento do número de processos jurídicos e a uma extensão

³ Cfr.os dados estatísticos apresentados pelo Ministério da Justiça, através do GRAL, disponível em [http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estat%C3%ADsticas%20Media%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica\(31\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estat%C3%ADsticas%20Media%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica(31).pdf), (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

destes, a matérias de domínio económico e social⁴. A integração social de uma comunidade torna-se cada vez mais um objecto de litigância, dadas as necessidades de relacionamento humano dos cidadãos e pelo respeito dos direitos de cidadania, segurança e protecção jurídica.

O nosso objectivo será realçar o papel dos MARC na sociedade actual, traçando uma perspectiva futura de evolução adaptada às necessidades. Daremos especial relevo à Mediação, por ser esse o nosso objecto de estudo, não menosprezando, contudo, os outros MARC existentes, a saber, a conciliação, a negociação e a arbitragem.

Numa primeira parte daremos especial atenção aos MARC e seus aspectos mais significativos, lembrando alguns dos seus princípios fundadores, destacaremos a importância da relação linear (parte - mediador - parte), os vários ramos da Mediação, onde e como funcionam, etc. Numa segunda parte, dedicar-nos-emos ao estudo e análise do regime jurídico da Mediação Familiar. A escolha por estudar o Sistema de Mediação Familiar justificou-se, por um lado, por se tratar do embrião dos MARC em Portugal, e, por outro lado, pelo interesse pessoal em conhecer as suas especificidades e problemas, aprofundar conhecimentos, esclarecer dúvidas e se possível, criar novas ideias e sugestões. Na última parte do trabalho procuraremos esboçar uma visão de futuro, questionando a possibilidade destes mecanismos se poderem vir a tornar, quem sabe, na forma mais perfeita e rápida de resolver situações jurídicas de relevo na vida social dos cidadãos. Poderemos propor uma extensão nos assuntos permitidos aos meios de resolução alternativa? Nas matérias abrangidas, deverão, estes, tornar-se mecanismos mais dinâmicos e próximos, ou pelo contrário, manter-se reservados apenas a determinadas áreas do direito da família?

Seguiremos uma linha de estudo centrada nos fenómenos jurídicos de relevo⁵, apostando numa pesquisa bibliográfica de particular reflexo de constantes mutações que operam no direito

⁴ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J.Paulo DIAS, *Percursos da Informalização...*, ob.cit., p. 14.

⁵ Destacamos a “desjudicialização”, a “Iuridificação” e a “desjudicialização”.

2.– Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC)

2.1 Considerações gerais

Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, no contexto europeu, são resultado de um conjunto de iniciativas levadas a cabo pelo Parlamento e pelo Conselho Europeu no sentido de permitir a criação de instrumentos extrajudiciais para a resolução de conflitos. A necessidade de um espaço comum para resolução de conflitos de natureza civil e comercial dos Estados-Membros, deu origem à implementação de um regime comum, válido e eficaz que resultasse quer a nível nacional quer a nível internacional. Daqui nasce o apelo ao incremento de regras e princípios de orientação comuns aos Estados para melhor entendimento e aplicação da justiça. As matérias em causa vão se adaptando às reais necessidades, sendo sempre apoiadas por instituições legais do Estado.

Os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, podem definir-se pelos seus objectivos, princípios e limites. Poderíamos dizer que os MARC são mecanismos inovadores de resolução de conflitos, mas não menos verdade, é que são velhos mecanismos a que se deu nova roupagem, *i.e.*, apesar de terem sido criados legalmente na década de 60/70, do século passado, estas formas de resolução de conflitos já eram usadas muito antes. Não tinham a importância e o valor jurídico que hoje têm, contudo, eram usados com o mesmo fim e para atingir os mesmos objectivos a pacificação social e a continuidade das relações humanas.

Os MARC surgem com o objectivo de combater a lentidão e inércia dos tribunais judiciais (comuns), consequência do desagrado e da insatisfação dos cidadãos perante o volume, e a natureza dos novos litígios, tecnicamente mais complexos, resultado em parte, do fenómeno da litigância de massas caracterizador das sociedades pós-modernas⁶. “O acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos”⁷.

⁶ “A «litigância de massa» é um fenómeno da sociedade de consumo decorrente das vicissitudes da oferta em massa de bens e serviços através de contratos de adesão, designadamente do incumprimento”, *in* sentença do Julgado de Paz de Coimbra (processo 49/2007-JP), de 28-06-2007, disponível em <http://www.dgsi.pt/caip.nsf/0/742660e278cbc92280257369004cec7f?OpenDocument> (consultado em 06 de Janeiro de 2012).

⁷ Santos *et al.*, 1996, p. 483 *apud* João PEDROSO, “A construção de uma justiça de proximidade”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, 2001, p. 38.

É com este propósito que, nas décadas de 60 e 70, nos EUA se assistiu ao surgimento de um movimento caracterizado pela vontade de pacificação e prevenção de conflitos em resposta à crise da justiça civil resultante da sobrecarga dos tribunais.

Foi naquele país que originalmente emergiu a consciência do fracasso dos meios tradicionais de garantia de justiça devido à escassez de apoio social, ao aumento galopante do volume de consumo, à alteração no relacionamento entre as pessoas⁸, assim como ao elevado número e nível de litígios. Como consequência, aparece o fenómeno da litigância em massa, resultado de uma incapacidade de resolução célere por parte dos tribunais judiciais⁹. Também ao nível das relações interpessoais assiste-se a um aumento significativo do número de divórcios, o aparecimento de novas formas de famílias, distintas do modelo tradicional e, por isso, com novos problemas por resolver.

Para autores como António Barreto ou António Pinto Monteiro, nas últimas décadas “nasceu uma nova sociedade, acompanhada de uma nova economia, e muito provavelmente de uma nova cultura. No contexto da integração europeia e da mundialização, criaram-se outras necessidades que o sistema, apesar de mudado, não conseguiu satisfazer”¹⁰.

“Na escolha das respostas a dar à referida crise da justiça, é imperativo efectuar a ponderação entre as três dimensões em que a justiça cível assenta, a procura de uma decisão justa, o custo e o tempo decorrido”¹¹. Neste sentido, entendemos que os MARC são uma alternativa viável para a condução de certas divergências resultantes dos novos contextos sociais e económicos. A par das reformas judiciais, nascem novas profissões, e aos novos técnicos são exigidas mais qualificações, o que facilmente se traduz em mais leis, mais juristas, mais advogados, mais processos e, consequentemente, mais intervenientes estratégicos do direito¹². Estes profissionais revelam grande empenho e iniciativa na forma como aceitam e concretizam as reformas das instituições e dos procedimentos.

Os MARC são, também, mecanismos complementares do próprio sistema judicial tradicional, pois, sendo “alternativos”, não os substituem. Antes permitem descongestionar

⁸ Relações de pessoas entre si, entre pessoas e empresas, ou entre empresas e o Estado.

⁹ «O resultado da “explosão da litigação” foi um crescente e estrutural desajustamento entre a oferta e a procura», cfr. Lúcia Dias VARGAS, *Julgados de Paz e Mediação – uma nova face da justiça*, 2006, p. 31.

¹⁰ *Idem*, p. 18.

¹¹ Adrian ZUCKERMAN, *Civil Justice in Crisis*, “Comparative Perspectives of Civil Procedure”, Oxford, 1999 *apud*, João Pedroso, A construção..., *ob.cit.*, p. 36.

¹² João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos de Informalização...*, *ob.cit.*, p. 16.

os tribunais judiciais dando resposta mais eficaz a situações que de todo não chegariam ao sistema judicial.

O sistema jurídico nacional precisava de novas soluções para a resolução dos litígios, permitindo um fácil e rápido acesso à justiça. É defendida a criatividade e a independência para que seja assegurada a justiça sob forma de uma participação activa dos cidadãos que se desejam informados e participativos. As respostas aos conflitos tendem a ser mais precisas e maleáveis de forma a permitir um ajuste às novas realidades.

“É cada vez mais frequente os resultados serem decididos pela via da negociação e não através de sentença”¹³.

No ano 2000 aparece pela primeira vez em Portugal, num inquérito do Ministério da Justiça, a expressão MARC. Contudo, há autores que não defendem a ideia de meios alternativos, mas sim a de um modelo que pretende alargar as possibilidades de resposta satisfatória aos conflitos sociais.

A Mediação, a conciliação e a arbitragem aparecem elencadas como formas extrajudiciais de resolução de conflitos de carácter privado e cuja solução está exclusivamente no domínio das partes. No entanto, a Mediação e a conciliação são, contrariamente à arbitragem (onde a solução é imposta por um árbitro), considerados meios não-adversariais, ou seja, comungam do princípio da voluntariedade das partes na busca de soluções que as satisfaçam mutuamente.

Os MARC são, em regra, mais baratos, que a justiça tradicional, o que leva a que muitos conflitos não cheguem aos tribunais judiciais¹⁴. A solução torna-se mais vantajosa usando os mecanismos extrajudiciais, este é o resultado da avaliação económica que as pessoas fazem.

Os MARC também, são mais próximos, dada a dispersão territorial, permitindo uma maior probabilidade de acesso, estabelecem uma maior proximidade com os profissionais, e transmitem uma maior informalidade. Funcionam como um conjunto de mecanismos alternativos ao sistema judicial na função de resolução de litígios, mas nem todos os mecanismos são novos, já que alguns foram recompostos e, outros são reutilizados de forma a permitir uma melhor aplicação.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ É o caso dos pequenos confrontos pessoais, situações que não permitem ser resolvidas por cidadãos particulares, (auto-composição) questões que surgem do incumprimento de contratos de prestação de serviços ou bens, ou, ainda, por serem questões de menor relevo jurídico às quais o recurso aos tribunais, por ser moroso e complexo em termos processuais e com toda a sua tramitação, transformar-se-iam em dispendiosos e a “sansão” a aplicar inadequada.

2.1.1 Considerações conceptuais

Dentro deste tipo de reformas¹⁵ aparecem os MARC inseridos no fenómeno da “*jurisdificação*” da justiça, mais especificamente no que se refere à *uniformização* do direito e sua “*desjudicialização*”.

A *desjudicialização* surge no quadro do direito estadual e dentro do sistema judicial como resposta à incapacidade dos tribunais, dado o elevado número de processos, o excesso de formalismo e a longa duração dos mesmos¹⁶.

A *desjudicialização*, mais não é que, uma divisão/partilha de tarefas entre os tribunais judiciais e outras instâncias extrajudiciais, na resolução de conflitos, explicando melhor, os mecanismos e processos de desjudicialização e uniformização do direito constituem por si só um movimento de transferência da regulação social das condutas humanas para uma ampla desregulamentação com um carácter de maior ou menor pressão jurídica. Contudo, e apesar de se assistir a um pleno recuo de certas formas específicas de intervenção do direito, nomeadamente o recuo ou desaparecimento de normas jurídicas emanadas do governo, ou da Administração, não deixaremos de encontrar formas de desjuridificação. Isto significa que pode haver regulação das condutas sociais humanas por outros conjuntos de normas jurídicas não estaduais.

Assistimos, recentemente, ao nascimento em Portugal desta nova realidade que poderíamos definir como uma “transferência de poderes” entre o judicial e o não judicial na administração da justiça, nomeadamente, no que respeita à desjudicialização da acção executiva, agora operada por solicitadores sobretudo de execução, ao processo de inventário transferido para os cartórios notariais ou ainda certos aspectos relacionados com o direito da família (divórcio, por exemplo) que podem já ser resolvidos nas conservatórias. Algumas competências jurídicas são assumidas por profissionais especializados em várias matérias. Uma crescente especialização humana, resultado das alterações operadas relativamente às competências profissionais, quer seja pelo aparecimento de novas profissões na área jurídica, quer seja pelo nascimento de equipas multidisciplinares, que partilham saberes e dividem tarefas.

¹⁵ Nomeadamente a “Judiciarização”, a “desjudicialização”, a transferência de competências, a criação de novas profissões jurídicas, e a facilidade de acesso à justiça.

¹⁶ “Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial”, cfr. João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos da Informalização...ob.cit.*, p. 32.

Por outro lado, “a transformação das profissões jurídicas tem permitido alargar o leque de serviços prestados, nomeadamente ao nível da resolução extrajudicial de conflitos de carácter empresarial ou social, de acordo com a evolução da sociedade, das profissões e das leis”¹⁷.

Este não é de todo um fenómeno bem visto por alguns autores, que a este propósito dizem que “a inoperância do Estado em debelar a morosidade da justiça não pode levar à sua desjudicialização, sacrificando os direitos e garantias dos cidadãos”, ou, entendem que “o recurso a instâncias não formais de resolução de conflitos é perigoso. Como não se conseguem resolver os problemas no interior do sistema, entrega-se nas mãos de privados actos jurisdicionais da competência do Juiz”¹⁸. Há, ainda, opiniões que, indo no mesmo sentido da anterior, são, todavia, mais radicais, chegando a afirmar-se que “a privatização da acção executiva, levada a cabo há sete anos, constitui um dos maiores escândalos de sempre na justiça portuguesa” e de que “o Estado em vez de formar mais e melhores magistrados impede as pessoas de ir aos tribunais”¹⁹.

Em nosso entender, trata-se de opiniões minoritárias, de cariz marcadamente pessoal.

Ainda dentro da desjudicialização e uniformização do direito, segundo estudos elaborados pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), em 2001, que vão no mesmo sentido das ideias de Jean CARBONNIER, pelo «conceito de desjuridificação deve-se entender uma “baixa mais ou menos considerável de pressão jurídica” sobre determinados factos»²⁰.

Muito embora exista uma baixa pressão jurídica nesta nova forma de regulação social das condutas humanas, o principal objectivo destas instituições criadas ao abrigo de disposição governamental²¹, é, por certo, a resolução célere e eficaz dos litígios observado em todas as vertentes os princípios jurídicos que as regulam. São agora espaços onde profissionais especializados com formações académicas específicas estão mais perto dos cidadãos, dispostos a resolver os processos mais simples. No mesmo sentido, concordamos

¹⁷ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos da Informalização...*, ob.cit., p. 300.

¹⁸ Rui Rangel, Juíz Desembargador, comentário ao jornal *correio da manhã* em 18 de Março de 2010, através de - <http://www.cmjornal.xl.pt>, (acedido em 22-07-2011).

¹⁹ A. Marinho PINTO, “Desjudicialização”, artigo de opinião publicado no *Jornal de Notícias* em 14 de Março de 2001, disponível em <http://www.jn.pt/opinião> (acedido em 22-07-2011).

²⁰ Michel VAN DE KERCHOVE, “Dérégulation” et “Dépénalisation” in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de sociologie du Droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 178, apud João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, João Paulo DIAS, *Percursos da Informalização...*, ob.cit., p. 30.

²¹ Falamos dos MARC.

com João PEDROSO, quando afirma que, no caso da descentralização de competências temos o exemplo “da atribuição de competências tradicionalmente do foro exclusivo dos tribunais e que começam a ser assumidas por outras profissões”²², e “os processos de desjudicialização têm consistido, na simplificação processual, recurso dos tribunais dentro do processo judicial a meios informais e “não-juristas” para a resolução de alguns litígios”²³

As transformações e reformas que surgem em contextos muito reservados ou primitivos, transportam para toda a cultura civilizacional um impacto que nem sempre se traduz em “elogios”. Apesar de todos os esforços feitos para criar alternativas válidas capazes de libertar os tribunais, ainda existem autores que criticam vivamente essa tarefa.

Para Rui RANGEL²⁴, por exemplo, “o processo de desjudicialização da justiça, ou melhor da sua privatização, constitui um perigo para os fundamentos de uma justiça democrática, para os direitos das pessoas e representa a completa falência de uma das funções vitais do Estado. Ir neste caminho é reconhecer a incompetência do Estado, que assim se desobriga desta tarefa, é atirar a toalha ao tapete”.

Os processos e mecanismos de desjuridificação incluem a informalização e a desjudicialização e os MARC, são fruto das reformas operadas no quadro da Administração da Justiça, ou seja, “este movimento de desjudicialização implica não só uma redistribuição de competências legais, como também, implica a criação de novas profissões e instâncias de resolução extrajudicial de conflitos”²⁵.

Apesar do carácter simplificado que os MARC podem representar, estes, não retiram aos processos judiciais o seu mérito ou eficácia, apenas operam em espaços informais, com profissionais especializados em diversas áreas específicas que consagram todo o trabalho no sentido de conseguirem de forma mais célere, e menos dispendiosa, um resultado pacífico e satisfatório para as partes envolvidas no conflito.

A este propósito, contrapõe o Bastonário Marinho PINTO, defendendo que a Justiça apenas deve ser administrada nos tribunais e, pelos profissionais de direito, (leia-se, os juízes) e, por isso, não deveria ser retirado ao Estado o poder de soberania no campo da

²² De que são exemplo, a publicação do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13, de Outubro, relativo à transferência de competências dos tribunais para o Ministério Público e para os conservadores, e do Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13, de Outubro, referente à transferência de competências de carácter registral dos tribunais judiciais para os conservadores.

²³ *Idem*, p. 33.

²⁴ Rui RANGEL, Juíz Desembargador, comentário /opinião ao jornal *Correio da Manhã* em 18 de Março de 2010, disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniaao/rui-rangel/desjudicializacao> (acedido em 22-7-2011).

²⁵ J. PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos de Informalização...*, *ob.cit.*, p. 312.

administração da Justiça, já que, segundo as suas palavras a desjudicialização da Justiça “mais do que uma denegação do acesso aos tribunais, é uma situação que favorece o reaparecimento de formas primitivas de fazer justiça, ou seja, incentiva o retorno à justiça privada, à justiça pelas próprias mãos”²⁶.

Estamos em crer, salvo melhor entendimento, que esta é uma visão extrema para este fenómeno, que apesar de ser conhecido há mais de trinta anos, em Portugal um pouco menos, não atingiu o seu ponto de maturação. Teremos de certo que dar mais tempo e espaço para que se revelem todas as suas potencialidades e capacidades, e se alcancem os resultados pretendidos.

Estes conceitos de justiça alternativa nasceram “à margem do direito estadual”, privilegiando, contudo, uma justiça mais espontânea gerada no seio da comunidade, criando ideias de consenso e negociação. É precisamente por se reconhecer aos MARC importantes virtudes, como as que acabámos de anunciar, que não só ao nível interno, pelos próprios Estados, mas também ao nível internacional, através de distintas organizações internacionais, se assiste hoje a visão consensual da justiça alternativa como “prioridade política”²⁷ e que passa pelo incentivo e promoção da implementação destes mecanismos alternativos de resolução de litígios. É neste contexto que se compreende, por exemplo, o papel impulsionador do Conselho da Europa nesta matéria, com a adopção pelo seu Comité de Ministros, de importantes Recomendações²⁸ e a criação de um Comité de peritos sob a alçada do Comité Europeu de Cooperação Jurídica, que criou no seu programa um capítulo sobre a “Resolução Alternativa de Litígios”

Segundo João PEDROSO, o designado movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*) com origem nos EUA, França e Grã-Bretanha é constituído por diferentes modelos capazes de dar resposta de forma rápida e eficaz aos novos litígios através da

²⁶ Cfr. A. Marinho PINTO, “Desjudicialização”, artigo de opinião publicado no *Jornal de Notícias*, de 14 de Março de 2001, disponível em www.jn.pt/opinião (acedido em 22-07-2011).

²⁷ A expressão é utilizada pela própria Comissão Europeia no preâmbulo do *Livro verde sobre os modos de resolução alternativa de litígios em matéria civil e comercial* (COM (2002) 196 final), p. 5.

²⁸ Estamos a referir-nos à (1) Recomendação n.º R (81) 7 do Comité de Ministros, relativa ao acesso à justiça, propõe medidas que facilitem ou incentivem, nos casos apropriados, a conciliação das partes e a resolução amigável de litígios, antes ou no decurso dos processos judiciais; (2) Recomendação R (86) 12 do Comité de Ministros, que preconiza “a resolução amigável de litígios, fora da ordem judiciária quer antes ou durante o processo judicial”; (3) Recomendação n.º R (93) 1, recomenda para as pessoas numa situação de grande pobreza, assegurar o acesso efectivo às formas para-judiciárias de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, alargando o sistema de apoio judiciário ou outras formas de assistência a estes meios de solução de conflitos; (4) Recomendação n.º R (98) 1, sobre mediação familiar; (4) Recomendação n.º R (99) 19, sobre mediação em matéria penal; (5) Recomendação Rec (2001) 9, sobre as alternativas à litigância entre autoridades administrativas e entidades privadas e, por último, a (6) Recomendação Rec (2002) 10, sobre mediação em matéria civil.

«“criação” de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas», sem contudo, excluir o recurso ao tribunal como segunda instância²⁹. Assiste-se a um enorme impulso no estudo, promoção e divulgação das diferentes formas de resolução alternativa aos tribunais, traduzido pela defesa de novos e melhores mecanismos de resolução de litígios, ou, simplesmente de novas aplicações para velhos mecanismos, como a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

O movimento (*ADR*) alastrou-se para além das fronteiras norte americanas, tendo sido bem acolhido pela Europa, onde se manifesta uma certa preocupação na promoção dos MARC em vários ordenamentos jurídicos³⁰. É por vários autores³¹ considerado como um movimento plural, isto é, não homogéneo, diversificado por englobar variadas formas de resolução de litígios, movimentos comunitários e, também, agrupar profissionais de várias áreas e categorias de gestão de conflitos.

2.2. Os MARC na União Europeia

O grande sucesso revela-se desde cedo na Europa. Segundo João PEDROSO, este movimento assume múltiplas formas, quer seja através de instituições de resolução de litígios criadas pelo Estado, quer seja por instituições criadas por actores sociais ou ainda como é o caso em Portugal, através da criação de centros de arbitragem³². Estas diferentes formas combinam na sua génese e funcionamento uma partilha de responsabilidades entre a União Europeia, os Estados-Membros, a nível central e local, as associações de consumidores e de produtores e comerciantes.

Na generalidade dos países europeus, a Mediação existe desde as décadas de 70/80. A importância deste mecanismo releva-se pelo facto de em certos países, sobretudo anglo-saxónicos, a Mediação pode dizer-se, que faz parte da cultura de resolução de conflitos. Por sua vez, nos países europeus de raiz romano-germânica, como o nosso, desenvolveu-se

²⁹ João PEDROSO, “*A construção...*”, *ob.cit.*, p. 35, p. 41.

³⁰ Em várias Directivas comunitárias como, por ex, a Directiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003.

³¹ Por exemplo João PEDROSO, Catarina TRINCÃO e João Paulo DIAS, *Percursos da informalização...*, *ob.cit.*, p. 38

³² João PEDROSO, Catarina CRUZ, *A Arbitragem Institucional: um novo modelo de administração de Justiça – o caso dos conflitos de consumo*, CES, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2000, p. 26.

uma cultura em que seria uma boa experiência os cidadãos poderem ter à sua disposição estes meios para a resolução de determinados conflitos³³.

Neste sentido, no contexto da União Europeia há a destacar duas medidas impulsionadas pela Comissão Europeia, que procuram promover a resolução alternativa de litígios. A primeira é a adopção do *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução de conflitos em matéria civil e comercial* e que veio a estar na génese da adopção, em 2008, da *Directiva sobre Mediação em matéria civil e comercial*. A segunda é a publicação do *Código Europeu de Conduta para Mediadores*³⁴.

O *Livro Verde* fez parte dos projectos de trabalho da Comunidade Europeia com vista a criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça e, nomeadamente, assegurar um melhor acesso à justiça. Surgiu em 2002 como uma resposta à dificuldade de acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no seio do Mercado Único e apresenta, pela primeira vez, de forma sistemática, as várias dimensões do problema³⁵. Além de proceder a um enquadramento geral do predito problema, analisa, também, a situação nos diversos Estados-Membros, sobretudo, a partir de 1987. Na ausência de legislação sobre os MARC, nomeadamente sobre a Mediação, o *Livro Verde* funcionou como o instrumento de trabalho no panorama de regulamentação normativa dos MARC³⁶.

No contexto comunitário faz-se apelo à criação de um espaço judicial comum, com o intuito de desenvolver mecanismos extrajudiciais para solucionar possíveis conflitos nacionais ou internacionais³⁷. O *Livro Verde* aborda diversas questões relacionadas com os

³³ Sónia REIS, “A vítima na Mediação Penal em Portugal” *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, VolII/IV, 2010 disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112725 (acedido em 3-11-2011).

³⁴ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008 (JOUE L 136/3, de 24-05-2008) transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho. Apresentada uma proposta legislativa pela Comissão Europeia em 22 de Outubro de 2004, a Directiva foi aprovada em 2008, sendo o resultado de várias iniciativas adoptadas pela Comunidade Europeia em relação aos litígios em matéria civil e comercial, e da reflexão produzida pela III conferência europeia sobre o acesso dos consumidores à justiça, realizada em 1992, em Lisboa. Cfr. João PEDROSO, Catarina CRUZ, *ob.cit.*, p.138.

³⁵ *Idem*, *ob.cit.*, p. 139.

³⁶ No que se refere ao nosso país, e no que respeita aos processos judiciais, é enunciada, entre outras, a existência de um processo simplificado para as pequenas causas.

³⁷ “O Livro verde visa essencialmente encontrar respostas para o equilíbrio delicado entre a necessidade de manter a flexibilidade destes processos, garantindo simultaneamente a sua qualidade, e a articulação harmoniosa com os procedimentos judiciais”, in http://europa.eu/legislation_summaries/other/133189_pt.htm.

litígios de consumo e de mercado a nível comunitário, em especial, no contexto do Mercado Único, a questão dos litígios transfronteiriços e a protecção dos direitos individuais e colectivos dos indivíduos.

Daí concluirmos que a existência deste Livro, ainda que com efeitos jurídicos modestos, já que não se trata de um acto da União juridicamente vinculante, teve a virtude de, para além de dar uma visão de conjunto da evolução dos MARC ao nível comunitário e dos Estados-Membros, fazer uma série de reflexões e recomendações em distintos temas (tais como acções inibitórias³⁸ contra práticas comerciais ilícitas transfronteiriças, meios financeiros para fazer face às custas desses processos, criação de dispositivos de acompanhamento das queixas, necessidade de promoção de um código de conduta a nível comunitário, consolidação das iniciativas de cooperação transfronteiriça existentes com o objectivo de garantir a cobertura de todos os Estados- Membros), no sentido de se avançar na criação de um sistema de direitos e garantias dos consumidores europeus.

Neste sentido, e em matéria de garantia e protecção dos direitos e interesses dos consumidores, a Comissão Europeia estabeleceu a possibilidade de alargamento do acesso destes aos sistemas alternativos de resolução de conflitos, indo, assim, ao encontro da Recomendação n.º R (98) I, do Comité de Ministros do Conselho de Europa, de 16 de Setembro de 1986, relativa a litígios de consumo. A comercialização e transacção de bens e serviços internacionais é cada vez mais uma matéria de reserva, propensa a conflitos. O despertar de novas práticas comerciais que envolvem consumidores, tais como o comércio electrónico, e outras formas de transacção, exigem do Estado e das empresas uma garantia de confiança, segurança e eficácia. Com este propósito foi criada pela Comissão a Recomendação 98/257/CE, de 30 de Março de 1998³⁹.

O principal objectivo destes diplomas é, permitir um acesso facilitado a meios de reparação práticos, efectivos e não onerosos, incluindo o acesso por meios electrónicos.

A abertura das fronteiras externas europeias, como consequência da criação do espaço Schengen, e a utilização de novas tecnologias⁴⁰, vieram, por exemplo, facilitar as vendas à distância, permitindo uma grande oportunidade de comercialização além fronteiras. No entanto, o consumidor pode encontrar dificuldades de interpretação, de

³⁸ Trata-se de acções que podem ser propostas pelas autoridades públicas e/ou pelas associações de consumidores, bem como pelos organismos profissionais.

³⁹ Recomendação da Comissão relativa aos “Princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo” (COM (1998) 198), disponível em <http://eur-lex.europa.eu> (acedido em 12 de Fevereiro de 2012).

⁴⁰ Por exemplo: Internet, televendas, e métodos de comunicação móvel.

comunicação ou de acessibilidade, relativamente a produtos e fornecedores. A necessidade de salvaguardar os princípios da segurança, da confiança e da eficácia dos MARC originou a criação de uma rede operacional organizada de instituições ao nível internacional⁴¹, no sentido de prestar informação e apoio técnico aos consumidores que optem pelos mecanismos extrajudiciais para resolver o problema. Com esta Rede pretende-se que as autoridades dos diversos países cooperem livremente, tendo em vista o intercâmbio de informações, a detecção e investigação de infracções comunitárias, bem como, a adopção conjunta de medidas que ponham termo a essas infracções.

A (nova) política de defesa dos consumidores da União Europeia⁴² baseia-se no princípio segundo o qual a aplicação eficaz dos direitos dos consumidores é fundamental para o êxito da política neste domínio e para a promoção de mercados “saudáveis” onde os consumidores possam tirar partido das melhores oportunidades colocadas à sua disposição. Apesar de tudo, é recomendável que a acção comunitária sobre a defesa dos consumidores, não só assegure os direitos de protecção que a lei lhes consagra, mas facilite igualmente a cooperação e a coordenação entre os sectores empresariais e as organizações de defesa do consumidor em cada Estado-Membro⁴³.

Relativamente à segunda iniciativa, a criação do *Código Deontológico Europeu dos Mediadores* configura, quanto a nós, um resultado positivo do esforço comunitário em criar de forma unânime um conjunto de regras passíveis de ser concretizadas pelos profissionais dos MARC, a nível europeu, e resultou de um trabalho de cooperação entre a Comissão Europeia, peritos no âmbito da resolução alternativa de diferendos e representantes de diferentes organizações⁴⁴. Este consiste num conjunto de regras e normas de conduta que se impõem de forma a corrigir a postura dos mediadores e ao mesmo tempo transmite uma garantia de segurança aos mediados. Entendemos, assim, que

⁴¹ Falamos da Rede de Cooperação Administrativa em matéria de defesa do consumidor ao nível europeu, previsto no Regulamento (CE) n.º 2006/2004, alterado pela Directiva 2009/136/CE, de 25 de Novembro de 2009.

⁴² Relativamente à política europeia de consumo, há uma série de iniciativas legislativos de relevo, das quais as seguintes: o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Directiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a interesses dos consumidores, ambos possivelmente a ser alterados pela proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Novembro de 2011 (COM (2011) 793 FINAL).

⁴³ “Em cada país da União Europeia existem diferentes sistemas extrajudiciais para tratar as reclamações dos consumidores e cabe à Rede de Centros Europeus do Consumidor prestar os esclarecimentos adequados sobre o seu funcionamento”. Esta Rede de Centros Europeus dos Consumidores (ECC-NET) é uma nova rede Europeia para informar os cidadãos dos seus direitos como consumidores e proporcionar-lhes um acesso fácil à resolução de conflitos, especialmente nos casos em que o consumidor e fornecedor se encontram em países diferentes.

⁴⁴ Cfr. Preâmbulo do mesmo código.

a criação dos mecanismos de resolução alternativa de conflitos pode assumir uma tripla funcionalidade: uma forma de desjudicialização com vista a minimizar a sobrecarga judicial, uma forma de promoção de acesso ao direito e à justiça, ou, ainda, uma forma de pacificação de conflitos.

2.3 A Mediação: origem e definição legal

A Mediação⁴⁵ é, por excelência, o mecanismo de resolução de litígios, estando presente em quase todos os ordenamentos jurídicos modernos que prevêm este tipo de resolução de conflitos. É com certeza “o procedimento de resolução de conflitos que mais rapidamente tem crescido no mundo”⁴⁶.

Funciona como a solução mais perfeita dentro dos mecanismos de resolução alternativa, apelando à cooperação e à participação social dos cidadãos, atinge assim grande taxa de sucesso de acordo com os dados estatísticos do Ministério da Justiça⁴⁷. Relativamente aos pedidos de mediação entrados no sistema de Mediação pública ao volume de casos resolvidos, especialmente por acordo, somos a concluir pela ideia de sucesso garantido.

Em Portugal, a Mediação está prevista na Lei relativa à organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz⁴⁸ e na Lei Tutelar Educativa⁴⁹.

Nos termos do n.º 1, do artigo 35º, da Lei nº 78/2001, de 13 de Julho, “a mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”.

A nível comunitário, a Mediação está prevista na Directiva 2008/52/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, definindo-a, no seu artigo 3º, alínea a), como “um

⁴⁵ Do Latim “*mediare*”, mediação significa “estar no meio”, de acordo com Lisa PARKINSON, *ob.cit...*, p. 16.

⁴⁶ Segundo Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria e Prática. Guia para Utilizadores e Profissionais*, Agora Comunicações, 1ª edição, 2001, p.87.

⁴⁷

⁴⁸ Cfr. Artigos 16º e 30º – Lei nº 78/2001, de 13 de Julho (LJP).

⁴⁹ Cfr. Artigo 42º da Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro – Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, com a última alteração introduzida pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

processo estruturado independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro”.

A Directiva 2008/52/CE foi transposta para o direito interno através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, aditando ao Código de Processo Civil alguns artigos⁵⁰, que ampliaram as formas de actuação das partes relativamente aos litígios, já que introduz a possibilidade de as partes, no âmbito de determinado processo, poderem recorrer aos meios alternativos de resolução de litígios, interrompendo automaticamente o processo judicial, (artigo 279º-A), assim como podem também estas, se assim o entenderem, recorrer a sistemas de mediação previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, (artigo 249º-A). Fica reservado o direito de recorrer ao tribunal judicial como segunda instância. Neste sentido, há autores que vêem a Mediação prevista no artigo 249-A como uma fase pré-judicial.

Estes mecanismos alternativos de resolução de conflitos depois de criados com o objectivo de descongestionar os tribunais judiciais e resolver novas questões estão em franco desenvolvimento em Portugal, assumindo cada vez mais um papel de relevo na justiça e na melhoria da qualidade de vida em sociedade.⁵¹

Deve ser reservada aos tribunais a tarefa de julgar e deve ser transferido para outros organismos outras responsabilidades de forma a poderem assegurar uma maior eficácia.

“À semelhança de experiências bem sucedidas em outros países, em 2001 o XIV Governo, consciente de que a reforma da justiça não se pode circunscrever à adopção de

⁵⁰ Como é o caso do artigo 249º- A sob a epígrafe-*Mediação pré- judicial e suspensão de prazos*, que atribui às partes o poder de recorrer a sistemas de mediação antes da apresentação dos litígios a tribunal. Caso o recurso à mediação se verifique, suspendem-se os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador. Segundo o artigo 249º- B, (*Homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial*), se da mediação resultar um acordo podem as partes requerer a sua homologação por um juiz, esta homologação visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor. O artigo 249º- C impõe o dever de Confidencialidade às partes, ao mediador, e ao advogado, quando presente, quanto aos conteúdos das sessões de mediação, não podendo ser validados como prova em tribunal. Por fim, o artigo 279º - A, (*Mediação e suspensão da instância*) permite a remessa do processo para mediação sempre que o juiz entender conveniente, independentemente do estado da causa. Também as partes podem entretanto decidir resolver o litígio por mediação, acordando assim a suspensão da instância, o que se verifica automaticamente, sem necessidade de despacho judicial. Alcançando-se o acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal.

⁵¹ A comprovar esta ideia encontra-se “em preparação a proposta de Lei da mediação que irá regular a mediação enquanto meio alternativo de resolução de litígios”, cfr. a intervenção do Secretário de Estado da Justiça e da Modernização Judiciária, Dr. José Magalhães na sessão de abertura da Conferência «A Resolução extrajudicial de Conflitos no séc.XXI», que teve lugar em Leiria, a 17 de Março de 2011.

medidas que agilizem o funcionamento do sistema judiciário, mas, pelo contrário, se impõe que se desenvolvam formas de resolução extrajudicial de litígios, erigiu os meios de resolução alternativa de litígios, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem, como formas privilegiadas de intervir a montante do sistema tradicional de administração da justiça, prevenindo o litígio pela concertação das partes, com o benefício da celeridade, credibilidade e economia que lhe são inerentes⁵². Para desenvolver estes objectivos, o Ministério da Justiça criou a Direcção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE) como entidade responsável pelo suporte e cumprimento dos objectivos em causa⁵³.

No entanto, referimos o facto de não ser justiça de segunda, mas sim uma justiça alternativa, ou complementar, (não substitutiva) no sentido em que todo e qualquer cidadão pode a ela recorrer antes mesmo, de seguir a via judicial. Torna-se uma justiça próxima, célere, económica e eficaz, e estas são as suas principais características.

Segundo Lisa PARKINSON,⁵⁴ “a mediação é cada vez mais aceite como uma disciplina de pleno direito, com o seu próprio corpo de conhecimento teórico e prático, de princípios e de regras de base”(…) “Contudo, cada vez mais se considera que a mediação é um processo complexo que não pode ser compreendido ou avaliado apenas pela análise dos resultados e pela contagem dos acordos”.

2.4 A Mediação como *ex-libris* dos MARC

2.4.1 Considerações gerais

A Mediação é vista como um conjunto de princípios e regras comportamentais aplicáveis a todo e qualquer cidadão capaz, que pretenda de livre vontade obter um acordo, auxiliado por um terceiro neutro e imparcial (o mediador), que intervém no conflito com o consentimento das partes, para facilitar a resolução do mesmo. Abrange todo o tipo de litígios, desde que não respeitem a direitos indisponíveis⁵⁵ e o seu principal objectivo é

⁵² Manuela ARAÚJO, “Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios e o acesso à Justiça”, Revista Ensino Superior (revista do SNESUP) n.º16, 2005, disponível em www.snesup.pt/htmls/EEZyZuKKyZRGJSepF.shtml (acedido em 19, de Julho de 2011).

⁵³ De acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de Março.

⁵⁴ Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar*, Ministério da Justiça/Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, 2008, p.p. 66, 67.

⁵⁵ Conforme n.º 3 do artigo 16º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

manter o relacionamento futuro das pessoas apostando na participação activa, através do diálogo como forma de solução para os seus problemas, criando novas respostas e novas oportunidades. É um momento que proporciona a expressão do conflito de forma pacífica.

“Na Mediação, a atenção centra-se no ser humano e nas suas inter-relações, na sua individualidade e especificidade”⁵⁶.

A Mediação é vista como o ex-líbris dos MARC, permitindo mais do que qualquer outro meio, que as partes exerçam papel activo e determinante no desenrolar do processo, nomeadamente nas sugestões e nos acordos celebrados. “A base da Mediação é tratar as pessoas (mediados) como seres humanos únicos”⁵⁷. A falta de imperatividade, rigidez normativa e processual que caracteriza a Mediação, faz dela um utensílio ajustado a qualquer litígio e a qualquer cidadão.

A Mediação transcende a solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. “Claramente diferenciada da conciliação, da negociação, da prática forense, da prática psicoterapêutica e da prática de assistência social, a Mediação alimenta-se de todas elas, criando uma entidade superior à soma de todas estas áreas”⁵⁸. É fundamental que as regras adoptadas sejam adequadas às atitudes, para se atingir o verdadeiro contexto colaborativo.

Com o apoio do mediador, na mediação são relevados os interesses difusos (reais motivações) das partes em detrimento das posições antagónicas que ocupam, face à contenda.

Assim, autores como Juan Carlos VEZZULLA referem o facto de «certos processos de mediação iniciarem pelo espírito competitivo e adversarial que facilmente associam ao processo litigioso, e é neste campo que o mediador se esforça mais para combater esta ideia e “quebrar o gelo” entre as partes motivando-as para o espírito de colaboração e cooperação, com vista ao alcance de uma solução que satisfaça a ambas»⁵⁹.

“É neste sentido que frequentemente se diz que a mediação é um método não adversarial de resolução de conflitos”⁶⁰.

Neste meio não-adversarial, ambas as partes “ganham”, pois voluntariamente desejaram submeter-se a este processo de cooperação, em que podem em conjunto

⁵⁶ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria..., ob.cit.*, p. 88.

⁵⁷ *Idem*, p. 87.

⁵⁸ *Idem*, p. 112.

⁵⁹ *Idem*, p.

⁶⁰ Segundo Lúcia Dias VARGAS, “*Julgados de Paz e Mediação*” : Uma Nova Face da Justiça, Coimbra, Almedina, 2006, p. 56.

encontrar a melhor solução possível, uma solução participada em vez de deixarem que um terceiro (juiz), decida.

Contudo, J. O. CARDONA FERREIRA, critica esta posição afirmando que “o litígio é sempre adversarial (...) o sistema de solução é que pode reduzir ou eliminar o litígio”⁶¹.

A Mediação bem-sucedida culmina no encontro de uma solução satisfatória para ambas as partes, que será reduzida a escrito, celebrada com a sua assinatura, onde expressamente estabelecem o vínculo de respeitar e assumir o compromisso por elas elaborado. Será a solução perfeita, individual, genuína, única, justa e original. O acordo é a decisão à medida dos interesses das partes, por elas composta

2.4.1 Características

2.4.1.1 Vantagens

Os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos foram criados com objectivos e princípios reestruturadores e de consenso, para resolver uma crise de esgotamento (ruptura) da justiça. Uma das principais prioridades, na área da justiça, tem sido o combate à morosidade processual, privilegiando a regulamentação e adoção das leis já aprovadas com os meios materiais e humanos necessários”⁶². Daqui resultam algumas vantagens, que consideramos serem reveladoras de um concreto êxito na evolução do direito e da justiça.

Os MARC, representam um poder e uma força jurídica capazes de satisfazer as primeiras necessidades no campo da justiça, da economia e da paz social.

Dentro das muitas vantagens que podemos salientar nos MARC, e na Mediação em particular, destacamos, em primeiro lugar, *a celeridade e eficácia na resolução do conflito*, traduzido na redução da morosidade na resolução do mesmo. Desde o requerimento para a

⁶¹ J.O. Cardona Ferreira, “*Os Julgados de Paz e os Litígios de Consumo*”, s/e, Coimbra, 2002.

⁶² João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos de Informalização...* ob.cit., p. 306-307.

Mediação, até ao acordo alcançado, o processo tem duração média de 86 dias⁶³. Sem dúvida, muito mais rápido que o processo judicial, que demora em média trinta meses⁶⁴.

Segunda, *o elevado índice de sucesso*. Edward P. Davis⁶⁵ garante que existe uma "alta taxa de resolução, de eficácia da mediação de (...) 90% ou até mais, de sucesso". Este sucesso deve-se, em parte, à flexibilidade e informalidade que caracterizam este MARC.

A terceira, consiste no facto de esta ser um processo que apela à *preservação da continuidade das relações humanas*, pois permite às partes o controle total dos procedimentos, desde o início ao fim do processo. O acordo que as partes visam alcançar é resultado de convergências de interesses no sentido de satisfazer ambas as posições de forma amplamente voluntária e participada. Ao contrário dos mecanismos tradicionais, que apresentam uma solução (imposta) do tipo *ganha-perde*, muitas vezes alheia da realidade de cada uma das partes, podendo ser uma decisão apenas com base na forma.

A *voluntariedade*, outra das vantagens, traduz-se numa pacificação social, na medida em que são os próprios interessados que de forma autónoma, voluntária e confidencial se propõem a encontrar a solução mais vantajosa para o conflito, com o auxílio de um mediador. Este mecanismo (mediação) estimula a auto-regulação, *i.e.*, a autocomposição do conflito de carácter único, autónomo, original e confidencial. "A Mediação só pode realizar-se com a aceitação expressa dos participantes"⁶⁶.

Uma quinta vantagem a destacar é, *a simplicidade* processual que se traduz na brevidade de resolução. Os procedimentos necessários à realização da Mediação revestem um carácter simples e informal. O acesso ao direito e à justiça, pretende ser cada vez mais fácil e mais rápido. A agilidade processual é resultado de um programa de estruturação e organização próprio dos agentes extrajudiciais aptos a resolver conflitos. As várias transformações operadas no campo da justiça, nas últimas décadas, "obrigaram algumas profissões jurídicas, voluntária ou involuntariamente, a adaptarem os seus estatutos e práticas profissionais às novas realidades"⁶⁷. Ao contrário do formalismo e da complexidade das peças processuais que compõem a litigância judicial, as instâncias extrajudiciais permitem uma fácil e simples abordagem comunicacional entre os cidadãos e

⁶³ Segundo dados estatísticos do GRAL, disponível em www.gral.mj.pt. (acedido em 22 de Setembro de 2011).

⁶⁴ Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt>. (acedido em 12 de Março de 2012).

⁶⁵ Veja-se Edward P. Davis *apud* - Lúcia Dias VARGAS, *Julgados de Paz e Mediação...ob.cit.* pp.59-60.

⁶⁶ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria..., ob.cit..., p.* 89.

⁶⁷ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO, J. Paulo DIAS, *Percursos de Informalização... ob.cit., p.* 305.

os profissionais de justiça. No caso da Mediação, por exemplo, são as partes que escolhem o profissional⁶⁸ (terceiro/mediador), que as vai auxiliar na resolução do litígio.

Por último, *o descongestionamento dos tribunais*, este tem sido desde sempre um objectivo dos MARC, expresso pela Mediação através do êxito e do grau de satisfação na resolução dos litígios, com vista à adequação de certas categorias de litígios que não se ajustam ao modelo clássico. A Mediação vem tentar resolver algumas situações novas da vida, que a lei e os respectivos instrumentos judiciais parecem não o fazer tão eficazmente, *i.e.*, a evolução do direito não está a acompanhar a rápida e constante mutação das contendas dos cidadãos, poderá existir um desajustamento entre o direito e os novos conflitos. Assim estas novas contendas poderão ser resolvidas por outros mecanismos mais adequados às suas realidades. Os tribunais tradicionais têm de manter a sua originalidade e perfeccionismo. As novas motivações, pela sua natureza, podem agora ser resolvidas por outros meios, outras vias extrajudiciais.

Na tentativa de descongestionar os tribunais judiciais, com auxílio dos mecanismos extrajudiciais, surgem cada vez mais meios técnicos e humanos especializados, capazes de resolver e solucionar juridicamente pequenos conflitos. As propostas apresentadas em termos legislativos revelaram uma grande iniciativa e sentido de inovação quer por parte dos novos profissionais quer por parte das novas instituições. Uma vez mais a descentralização de poderes e a transferência de competências legais⁶⁹, antes concentradas essencialmente nos tribunais e nalgumas profissões jurídicas, vem abrir um novo caminho para a justiça.

2.4.1.2 Desvantagens

Apesar de todo o empenho manifestado no acolhimento dos MARC ao longo destes últimos trinta/quarenta anos, a crise da justiça ainda não respira de alívio.

Embora o nível de satisfação seja elevado, ainda há factores que revelam algum desajuste ou desconhecimento. Contudo, ainda assim, são considerados menos relevantes que os vários sucessos alcançados. Na Mediação em particular, assiste-se a um confronto entre o êxito e o desconhecimento. Apesar do sucesso alcançado na resolução dos

⁶⁸ De uma lista oficial nacional.

⁶⁹ *Idem*, p. 308.

conflitos por acordo das partes, a falta de informação detalhada e adequada pode ser considerada uma restrição ao uso deste mecanismo extrajudicial.

Assim sendo, podemos elencar alguns aspectos que podem revelar certas desvantagens no uso da Mediação, nomeadamente:

A existência de um eventual *desequilíbrio de natureza económica, social, ou outra, entre as partes*, pode certamente condicionar a realização do acordo. Esse hipotético desequilíbrio fáctico entre as partes pode não só não ser eliminado pela Mediação, como esta pode mesmo agravá-lo. Tudo dependerá do desempenho e competência do próprio mediador.

O sucesso da Mediação *depende em muito da motivação e disposição de ambas as partes* para aceitar um acordo extrajudicial como solução para o conflito. Pois se só uma delas tiver essa motivação, a Mediação será apenas mais uma fase na tentativa de resolução do conflito.

A possibilidade de *manipulação pelas partes*, através do uso de formas subtis de coacção. O uso da própria Mediação, e as suas formas de resolução de conflitos, não devem criar soluções mais injustas para quem tem menos poder social e/ou negocial.

Por fim, a Mediação pode servir de mero *expediente dilatatório* por parte de quem não tem interesse em alcançar prontamente a resolução do conflito.

Cabe-nos assim, concluir que embora com algumas dificuldades, próprias da inovação e da inexperiência, a Mediação tem vindo em nossa opinião, a ganhar aceitação e respeito pela confiança gerada entre os vários profissionais de justiça e as partes em conflito. Embora sejam conhecidos alguns pontos menos vantajosos no uso da Mediação, esta é, contudo, uma forma de evidenciar “um direito menos autónomo, menos estanque, mais absorvente, e mais aberto a métodos e a dados provenientes de outras disciplinas⁷⁰”.

A consciencialização das novas reformas da justiça, associadas às várias transformações socioeconómicas da sociedade em geral, forma um juízo valorativo dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. A par dos resultados verificados, existem as manifestações de empenho e iniciativa desencadeadas pelos novos profissionais jurídicos e pelos novos agentes de justiça. A Mediação, em nosso entender, não perde o valor jurídico por ser administrada no domínio privado, ou no domínio público, pois ela é reconhecida pelo Ministério da Justiça e apoiada pelo sistema judicial estatal.

⁷⁰ *Idem*, p. 16.

2.4.2 *Princípios Regentes*

A Mediação enquanto meio alternativo de resolução de litígios assenta em princípios fundamentais inerentes à natureza extrajudicial. Estes princípios funcionam como pilares básicos de suporte e respeito a nível processual e estrutural da própria Mediação.

Esses princípios representam o núcleo gravitacional do processo de Mediação. Apesar das diferenças entre os vários processos de Mediação, o respeito pelos princípios fundamentais mantém-se inalterável. Dito de outro modo, a cada processo a sua tramitação, mas observando-se sempre o vínculo ao cumprimento dos princípios tidos como nucleares. Cabe ao mediador explicar às partes os princípios que regem a Mediação.

No n.º 2, do artigo 2º, da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, estão elencados os princípios orientadores da Mediação (e dos Julgados de Paz). Cumpre destacar, também, entre outros diplomas, o Livro Verde, a Directiva 2008/52/CE⁷¹, que faz algumas referências, e a Recomendação R (98) I do Comité de Ministros do Conselho da Europa⁷², que positivou um catálogo de princípios. Entre os mais consensuais pela doutrina, reconhecem-se os princípios da simplicidade, da voluntariedade, da confidencialidade, da imparcialidade, da neutralidade, da flexibilidade, da oralidade, da celeridade, da proximidade e da economia processual.

Embora os princípios supra mencionados sejam todos fundamentais, consideramos, no entanto, que alguns são mais importantes que outros. Assim, em nossa opinião, a voluntariedade e a confidencialidade parecem-nos, em bom rigor, as duas traves mestras dos princípios que considerámos basilares.

A voluntariedade, porque a Mediação deve corresponder a um desejo expresso das partes em se sujeitar a esta. “Só os mediados sabem o que é melhor para si próprios”⁷³. A confidencialidade, pela confiança que estas terão de depositar no sistema e no terceiro que elas escolherão para auxiliar na resolução do conflito. A confidencialidade tem de ser verificada quer pelas partes quer pelos terceiros. “Exige-se consideração e cuidado recíprocos, tanto no tratamento entre eles como no tratamento dos interesses envolvidos”⁷⁴. Assim, terão de desejar comprometer-se na cooperação e resolução do conflito, respeitando

⁷¹ Directiva 2008/52/CE, relativa a matéria civil e comercial.

⁷² Recomendação R (98) I, relativa a Mediação Familiar.

⁷³ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria..., ob.cit.*, p. 89.

⁷⁴ *Ibidem*.

e confiando na imparcialidade e credibilidade do mediador. “Confidencialidade parece ser a garantia do sucesso dos MARC, porque contribui para assegurar a abertura das partes e a sinceridade das comunicações durante o processo”⁷⁵. Contudo, não significa concordar com o que o outro pensa, mas pelo menos aceitar isso como uma hipótese⁷⁶. Todos os outros complementam a ideia subjacente de um processo que tende a ser rápido, prático, eficaz e económico.

O primeiro desses princípios, a *simplicidade* refere-se à facilidade de acesso à justiça pelos cidadãos que podem apresentar na secretaria do Serviço de Mediação (ou nos Julgados de Paz) um requerimento apresentado verbalmente ou por escrito em formulário próprio, expondo os principais factos e indicando o pedido e o valor da causa, (artigo 43º, n.º 2, da LJP). A simplicidade está nos documentos a apresentar, bem como nos trâmites procedimentais seguintes.

A *voluntariedade*, por sua vez, é considerada por certos autores como *conditio sine qua non* da Mediação⁷⁷. Como já referimos supra, terão de ser as partes a querer, de livre e espontânea vontade, submeter-se à Mediação como forma de resolver o litígio que as opõe⁷⁸. É uma questão de livre vontade associada à boa fé, ou seja, toda a actuação das partes deve revestir de carácter voluntário, desde o início (aceitação da Mediação e do mediador), até ao fim (assinatura do acordo) do processo de Mediação, não devem, contudo, fazer-se valer desta instância, apenas, como instrumento dilatatório. Igualmente podem, livremente e em qualquer momento do processo, sem necessidade de justificação, desistir da Mediação, remetendo-se o processo para a via judicial.

A Mediação fundamenta-se no princípio da *autonomia das partes* (artigo 2º, do Capítulo II, do Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflito)⁷⁹. É um processo onde a voluntariedade e a responsabilidade das decisões no decurso do processo cabe aos mediados. São estes, que autonomamente decidem recorrer aos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos de forma livre e espontânea. Considerando que os

⁷⁵ De acordo com LIVRO VERDE, ponto 3.2.2.1 A Confidencialidade, p. 31.

⁷⁶ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria..., ob.cit.*, p. 90.

⁷⁷ Por exemplo, Rossana Martingo CRUZ, “*Mediação Familiar – Limites Materiais Dos Acordos E o Seu Controlo Pelas Autoridades*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 1ª edição, 2011, p.75.

⁷⁸ “A filosofia da mediação é que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo”, Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria..., ob.cit.*, p.87.

⁷⁹ Com base no LIVRO VERDE, entendemos que os Códigos de Deontologia ocupam na verdade um lugar privilegiado no funcionamento dos MARC, (77), p. 30.

mediados são quem sabe o que é melhor para si próprios, estão estes, desde logo, preparados para resolverem os seus conflitos por auto-composição.

O processo de Mediação é, por natureza, *confidencial*, (n.º 1 do artigo 7º, do Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflito), não podendo o mediador fazer uso de qualquer informação de que tome conhecimento na pendência do mesmo. Este dever de confidencialidade só pode ser quebrado nas situações previstas na lei⁸⁰, quando seja estritamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses do próprio mediador⁸¹, ou, ainda, quando autorizada pelos mediados⁸². No exercício das suas funções, também o mediador, está sujeito ao dever de confidencialidade próprio da actividade de Mediação. Este princípio consideramos ser de tal forma importante na Mediação, que o mesmo vincula em simultâneo as partes e os terceiros. O mediador, nos termos do n.º 2 do artigo 11º do Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflito, deve, informar os mediados sobre o carácter sigiloso de todo o processo e também assegurar-se que o mesmo é respeitado por terceiros.

É necessário um compromisso mútuo e sério entre as partes e o mediador. A confidencialidade, como já referimos, é um princípio fundamental na Mediação, sobretudo porque dela depende a credibilidade e a confiança depositada pelos mediados no mediador, e no próprio processo de Mediação.

A violação deste princípio por parte do mediador pode levar a procedimentos disciplinares ou mesmo responsabilidade civil e criminal⁸³, quando equiparada a situações análogas às previstas no artigo 195º do Código Penal.

Mesmo nas situações em que a Mediação possa frustrar, e o processo encaminhar para o sistema judicial, não farão parte dele, os assuntos tratados e discutidos nas sessões de Mediação. Também o mediador nestas circunstâncias não poderá ser testemunha de qualquer causa relacionada com a Mediação, ainda que, indirectamente (artigo 7º, n.º 2, do Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflitos).

⁸⁰ Não é, contudo, um princípio absoluto, de acordo com a Directiva 2008/52/CE, de 21 de Maio, que ressalva as situações de ordem pública e a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.

⁸¹ Carece de parecer favorável do Conselho de Ética e Deontologia, nos termos do n.º 3, do artigo 7º, do mesmo Código.

⁸² Só assim a confidencialidade permitirá às partes o à vontade suficiente para com clareza e franqueza, explorem as suas pretensões, queixas e interesses.

⁸³ Segundo Carlos MATEUS, *Deontologia Forense*, “O Dever de Segredo”, p. 2, disponível em www.verbojuridico.com/doutrina/2011/carlosmateus/segredoprofissional.pdf, (acedido em 4 de Agosto de 2011).

A *imparcialidade* refere-se à actuação do mediador para com os mediados, devendo afastar-se de comportamentos, acções ou omissões que possam manifestar algum grau de preferência por uma das partes relativamente à outra. Para tal, o mediador deve tratar os mediados de forma equivalente e equidistante⁸⁴. Dificilmente se conseguirá a imparcialidade se no decorrer do processo o mediador se deixar influenciar pelos argumentos de uma das partes fazendo pender para o seu lado o favoritismo da contenda. O mediador não deve actuar como um profissional contratado por qualquer um dos mediados no decurso de todo o processo de Mediação (artigo 12º, n.º12, do Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflito).

Apesar de poder concordar com as ideias e sugestões de uma das partes (caso aconteça), o mediador não poderá nunca abster-se de respeitar a sua posição de “fiel de balança”⁸⁵. A imparcialidade deve estar subjacente a toda a actuação do mediador, pois só assim se compreende que este não possa expressar ideias, opiniões, emoções, valores ou sentimentos em relação ao conteúdo da Mediação.

A *neutralidade*, outro dos princípios da Mediação. Aparece, muitas vezes, associada ao princípio da imparcialidade, sem, contudo, se confundir com este. Enquanto a imparcialidade se refere à actuação do mediador para com as partes durante todo o processo, a *neutralidade* manifesta-se em relação à postura do mediador na solução encontrada e na obtenção do acordo. “Ser neutro tem de ser enquadrado profissionalmente como um dever deontológico exigido para a prática da Mediação de conflitos⁸⁶”. Não cabe ao mediador expressar qualquer sugestão ou recomendação relativamente ao acordo alcançado, no sentido de o aprovar ou reprovar⁸⁷. A imparcialidade e a neutralidade andam sempre associadas nos diplomas que contemplam os princípios fundamentais dos MARC. A este respeito, nomeadamente, a Recomendação Europeia n.º R (98) I defende que o mediador é neutro quanto ao resultado do processo de Mediação. A mesma ideia é

⁸⁴ “O mediador deve esforçar-se por actuar de forma equitativa em relação às partes no que concerne ao processo de Mediação”, (cfr. ponto 2.2 do Código Europeu de Conduta para Mediadores de Conflitos).

⁸⁵ Nos termos do ponto 2, do Código Europeu de Conduta dos Mediadores, “o mediador só deve aceitar a Mediação se for capaz de (...) garantir total imparcialidade, devendo obter o consentimento expreso das partes”.

⁸⁶ Anabela QUINTANILHA, “*Neutralidade e Imparcialidade do Mediador*”, Coimbra, 26 de Junho de 2010, trabalho apresentado e não publicado, pela Autora na Unidade Curricular de Ética da Relação, em 26 de Junho de 2010, no âmbito do Mestrado em Justiça Alternativa e que gentilmente, nos autorizou a sua citação no presente trabalho.

⁸⁷ Desde que este não seja contrário à lei.

defendida por GAIBROIS⁸⁸, quando afirma que «para conseguir os seus objectivos, o mediador tem de inspirar confiança às partes, as quais devem efectivamente encará-lo como um “terceiro neutro”» ou, ainda por VEZZULLA⁸⁹, que considera “o mediador um terceiro neutral. Conduz sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera em termos de intervenção na decisão”.

A *flexibilidade* reporta-se ao processo, mas também à actuação do mediador. Deste modo, na Mediação, todo o processo é único, diferente, e possui características próprias e singulares. A flexibilidade está associada ao poder que as partes e o mediador têm de agilizar e acelerar os procedimentos sem prejuízo de valores ou resultados. Consubstancia-se numa forma ajustada de adaptar toda a tramitação às necessidades casuísticas dos litígios, *i.e.*, a cada processo corresponde um padrão mínimo de passos e etapas fundamentais que necessariamente têm de ser cumpridos, mas, apesar disso, existe a faculdade de respeitar os desejos e vontades das partes de forma a distanciar a Mediação dos processos tradicionais. A ausência de formalismos processuais permite ajustar a Mediação ao caso concreto. “Em suma, flexibilidade significa que não existem formalidades essenciais ao processo, o mediador fará uma ponderação casuística e tomará as opções em conformidade”⁹⁰. Relativamente ao acordo conseguido pelas partes, este também reveste um carácter flexível, pois pode ser objecto de vários ajustes, e alterações facilitando o seu cumprimento.

Neste sentido, o processo diz-se flexível pois não obedece a critérios espaço-temporais fixos.

A *oralidade* no processo de Mediação caracteriza-se essencialmente pelo diálogo e apelo à participação colaborativa das partes em disputa. Assenta na conquista de realidades íntimas e pessoais, traduzidas em expressões de desabafo e comentários. Cabe ao mediador zelar pelo cuidado com que é feita a abordagem linguística das sessões de Mediação, auxiliando as partes, fazendo-as cumprir regras de conduta e comportamento, impedindo, também, formas bruscas e violentas entre elas. A natureza da comunicação, e a forma como ela deve ser processada atribui ao mediador um estatuto de profissional e manifesta confiança aos mediados.

⁸⁸ Zulema WILDE, e Luís M.GAIBROIS, “O que é a mediação: para que serve: onde está legislada: qual a sua utilidade: como se processa: qual a sua natureza: quem a pratica: aspectos inovadores”, Lisboa, Agora Publicações, 2003, p.68 *apud*.....

⁸⁹ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria...*, *ob.cit.*..., p. 40.

⁹⁰ Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*..., pp. 88-89.

É no diálogo directo, que se aniquilam as verdadeiras raivas e descontentamentos. Importante será, pois, não descorar a expressão não verbal. Serão de certo únicos e verdadeiros os olhares, os gestos e as atitudes.

O confronto entre os mediados provoca muitas vezes situações desagradáveis de discórdia e disputa, cabendo ao mediador a tarefa de bem falar para conduzir a sessão a bom termo. É através do diálogo que, ordenadamente, se processam as sessões de Mediação, que se conhecem as verdadeiras motivações e interesses dos mediados. Não se trata, contudo, de verificar o princípio do contraditório, mas antes perceber até onde as partes são sinceras e confidentes. Pelo grau de confidencialidade dos assuntos em causa, verifica-se o à vontade das partes na procura de soluções.

A *celeridade* é, sem dúvida, uma das características que mais premeia os MARC. Resulta da maior ou menor predisposição das partes na prossecução da Mediação, mas será, porém, bastante mais célere que qualquer processo judicial.

O tempo médio de resolução de um processo em Mediação é de 86 dias⁹¹.

A celeridade processual anda associada à flexibilidade e à proximidade. Por um lado, a falta de rigidez processual permite que os procedimentos sejam cumpridos de forma justa e rápida não passando por modalidades processuais e formais, por outro lado, o facto de as partes estarem no mesmo espaço e, em simultâneo, para resolver a causa, auxiliadas por um mediador. A *proximidade* das partes e do mediador caracteriza um modelo informal de resolução de litígios. É com base na proximidade que o mediador consegue estabelecer o diálogo pacífico com as partes e alcançar o sucesso na Mediação.

A *economia processual* está relacionada com a brevidade e simplicidade processual, com a reduzida utilização de meios técnicos e profissionais e com a ausência de formalismos. O processo torna-se menos dispendioso do que no sistema tradicional judicial, pois não carece de tramitação escrita em formulários e despachos sequenciais, não implica serviços de secretariado e administração, não exige visitas/presenças assíduas e frequentes, e, apenas, se traduz no pagamento de €50,00 (cinquenta euros) por cada uma das partes, sendo que em alguns sistemas, o serviço é totalmente gratuito⁹². A economia processual não se refere apenas ao custo do processo, ou da sua resolução, mas antes, a todas as características anteriormente mencionadas. O reduzido desgaste técnico e profissional, o reduzido tempo despendido, a dedicação e empenho das partes na busca de

⁹¹ Dados disponíveis em www.garl.mj.pt

⁹² É o caso do SML.

soluções, e a não necessidade de recurso, são os principais determinantes económicos dos MARC.

2.4.3 Etapas do Processo

Num primeiro momento, quando as partes decidem optar por resolver o litígio que as opõe através da Mediação, elaboram o pedido ao Serviço ou ao centro respectivo, iniciando-se, assim, o processo. A primeira fase é entendida, por vários autores, como uma fase preliminar, pois nela reside um conjunto de condicionantes que permitem às partes a sujeição, ou não, à Mediação propriamente dita. É a chamada pré-mediação⁹³, e tem como principal objectivo, de acordo com o artigo 50º, n.º 1, da LJP, explicar às partes em que consiste a Mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo em fase de Mediação. É um momento que ocorre fora da verdadeira mediação, onde são prestadas todas as informações e esclarecimentos relativos aos procedimentos e às possíveis soluções⁹⁴. Não se considera desde logo Mediação, pois, carece de elementos essenciais⁹⁵ ao início do processo de Mediação. Num segundo momento, quando é conhecido o problema jurídico que leva as partes a escolher a Mediação, estas, são devidamente esclarecidas por um mediador⁹⁶, sobre todos os direitos e deveres que integram o processo de Mediação. A partir daí, e caso concordem, previamente, recorrer a este meio, estas escolhem um mediador de uma lista oficial, assinam os termos do contrato, de acordo com as normas do centro, e passa-se à fase da Mediação.

Seguidamente, a preocupação do mediador é a busca de informação, através das oportunidades que ele dá às partes de dialogarem e de se manifestarem relativamente aos interesses que as opõem. O mediador constrói a sua base de “opinião”, a partir das histórias relatadas pelos mediados. Assim, percebe melhor o assunto que os contrapõe, e ainda lhe permite encaminhar o diálogo e o entendimento de forma a pacificar a ansiedade e o impulso que caracteriza o estado emocional dos mesmos. O mediador é dotado de

⁹³ Para autores como Adolfo Braga NETO, “*Estudos sobre Mediação e Arbitragem*”, Rio de Janeiro, ABC Editora, 2003, pp.24 e segs, *apud*, Rossana Maringo CRUZ, *ob.cit.*, p. 91.

⁹⁴ De acordo com o disposto na Portaria 1112/2005, de 28 de Outubro, relativo a actividade dos mediadores de conflitos, publicada em Diário da República I SÉRIE - B, p. 6245, disponível em: http://www.apav.pt/portal/pdf/portaria_1112_2005.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

⁹⁵ Falamos da declaração de vontade das partes.

⁹⁶ O mediador da pré-mediação não deverá intervir como mediador nas sessões seguintes caso a Mediação seja aceite pelas partes, nos termos do n.º4 do artigo 50º da LJP.

instrução e formação na área da boa comunicação, de forma a relevar as quezílias que as partes teimam em trazer para a sessão de Mediação. No desenvolvimento da sua actividade, o mediador vai realizando a sua principal tarefa de auxílio, permitindo o afloramento de opções possíveis à resolução do litígio. É da máxima importância uma escuta activa por parte do mediador relativamente aos mediados e uma observação minuciosa do seu comportamento e expressão corporal, pois só assim será possível uma melhor avaliação das posições e interesses que os opõem. O mediador escuta as partes e escolhe quem deve falar primeiro, algo que não acontece no processo judicial comum.

Não existem regras quanto ao tempo necessário para as sessões de Mediação, já que estas acontecerão segundo as necessidades e as oportunidades das partes. Se necessário, o mediador pode recorrer a reuniões em privado com cada um dos mediados.⁹⁷ Estas reuniões⁹⁸ são importantes e úteis, mas também podem apresentar alguns perigos, nomeadamente, o despertar da desconfiança entre os mediados, ou colocar em causa a imparcialidade do mediador⁹⁹.

Cabe ao mediador servir-se dos seus conhecimentos técnicos e práticos para melhorar dentro do possível o relacionamento dos mediados entre si e fomentar o diálogo pacífico. A assertividade deve ser posta à prova em toda a actuação do mediador, que apesar de serem as partes a estabelecerem as regras da resolução do seu problema, será o profissional jurídico que será “avaliado” pela forma como conduz os procedimentos, com vista a alcançar a satisfação dos mediados. O bom desempenho do mediador culminará no acordo de satisfação que as partes visam desde logo alcançar.

Depois de apresentadas as possíveis soluções, estas serão negociadas de forma a resultar numa opção, mutuamente, válida e satisfatória.

Posteriormente, as partes aceitarão as propostas por elas elaboradas e apresentadas.

Por fim, é redigido o acordo pelo mediador de forma a contemplar todos os compromissos que as partes manifestaram desejo de realizar.

⁹⁷ Designado por **caucus**, -

⁹⁸ De acordo com o n.º 3, do artigo 53º, da LJP, “O mediador pode, com autorização das partes, ter encontros separados com cada uma delas, para calificar as questões e buscar diferentes possibilidades de acordo”.

⁹⁹ Para Juan Carlos VEZZULLA, “o ideal será conduzir o processo sempre em conjunto, mas não se poderá excluir o **caucus**, pois há segredos que não serão revelados na presença da outra parte”, *Mediação: Teoria...*, ob.cit., p. 61 Também Mariana França GOUVEIA, defende que “ não ouvindo tudo o que se desenrola perante o mediador, as partes podem questionar a sua imparcialidade”. in “Resolução alternativa de litígios: relatório da disciplina de resolução alternativa de litígios”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 46.

O acordo deve resultar da avaliação de três critérios¹⁰⁰, já que é importante saber se o acordo (1) é justo para as partes, (2) contempla os interesses desejados, (3) satisfaz as partes nas suas pretensões, e, por fim, (4) não é contra a lei.

A aceitação do acordo e o seu cumprimento são desde logo “garantidos” pela voluntariedade e boa fé das partes.

Para Lúcia VARGAS, o acordo, além de corolário do processo da Mediação, também traduz o empenho das partes na continuidade das relações. Como resultado de um esforço conjunto de modo a alcançar uma solução que satisfaça a ambas¹⁰¹.

O acordo de Mediação só necessita de ser homologado judicialmente se as partes assim o entenderem, como forma de garantir a eficácia legal. O acordo será sempre válido, pois não poderá conter normas ou compromissos contrários à lei, ou que, por qualquer outro motivo, viole os princípios legalmente protegidos. É desde logo um acordo que permite ir além do que se considera estatuído legalmente, na medida em que, satisfaz as partes nas suas principais pretensões. O acordo conseguido tem valor de sentença e é exequível, *i.e.*, a decisão conseguida num processo de Mediação, o chamado acordo, que as partes celebraram com assinatura e que o mediador redigiu, tem valor igual à sentença proferida por um juiz em tribunal judicial de primeira instância, e pode ser efectivada. “Os acordos deverão ser claros e directos, mas não podem descurar determinados aspectos fundamentais”¹⁰², quanto mais claros e objectivos forem os acordos, mais as partes tenderão a respeitá-los e cumpri-los.

Depois de redigidos, os acordos devem ser lidos e comentados pelas partes. Para maior tranquilidade dos mediados, antes da assinatura do acordo, podem e devem pedir aconselhamento jurídico a um advogado.

Na impossibilidade de alcançar acordo, o mediador, pode, logo que assim entenda, dar por terminado o processo de Mediação, transmitindo essa informação aos mediados. Também as partes, por decisão própria podem expressamente pôr fim ao processo de Mediação, remetendo-o para a via judicial (artigo 55º, n.º1, da LJP).

Contudo, entendemos, que esta enumeração de etapas pode ser perfeitamente entendida de forma diferente, consoante a perspectiva de diminuir ou estender o procedimento da Mediação. Esta é, aliás, uma das características particulares do processo

¹⁰⁰ M. PAZ GARCÍA- LONGORIA SERRANO, Antonia SÁNCHEZ URIOS, *La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares*, Universidad de Murcia, 2004, p.p. 264-265.

¹⁰¹ Lúcia Dias VARGAS, *ob.cit.*, p. 58.

¹⁰² Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*, p. 165.

extrajudicial, a falta de formalismo processual conferindo-lhe assim, uma maior flexibilidade.

A ideia principal que se pretende transmitir é a de que existem várias fases no processo, começando por um momento muito importante traduzido na liberdade das partes na escolha deste método, passando por outro momento decisivo na busca de soluções e remata com o alcance de um acordo que comumente é aceite e resolve o litígio. Qualquer que seja a opção de escolha relativamente ao número de etapas, a Mediação será sempre um processo bastante mais célere que o judicial. Desta celeridade como já referimos, resulta também um vértice económico e outro emocional. A liberdade que as partes têm em se movimentar e participar activa e directamente na Mediação, contribui positivamente para o alcance de todas estas determinantes.

3. A Mediação e os seus sujeitos

3.1 O Mediador

3.1.1 O perfil do Mediador

A Mediação, como já dissemos, é um processo extrajudicial de resolução de conflitos, pelo qual uma terceira pessoa neutral, intervém, com o consentimento das partes, para facilitar uma resolução do mesmo, proposta e aceite por todos. O seu principal objectivo é proporcionar às partes a possibilidade de resolverem as suas divergências de forma amigável e concertada. O mediador, esse terceiro neutral, tem, assim, um papel determinante no auxílio das partes em conflito. O auxílio é prestado em várias modalidades, permitindo reduzir quaisquer obstáculos à comunicação entre as partes, definir e clarificar objectivos que estas tragam para a sessão, explorar possíveis soluções, bem como o alcance de um acordo que seja satisfatório para ambas.

Considera-se o mediador como um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos e ferramentas próprias, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses, e a construir, em conjunto, alternativas de solução visando o consenso e a realização do acordo. No fundo o mediador é, apenas, um *primus inter pares*.

Na Mediação cria-se uma situação de confissão de particularidades e intimidades que só num ambiente acolhedor de conforto e confiança se atinge em pleno. Este ambiente

é transmitido não só pelo espaço, despojado de autoridade, mas também pela informalidade processual e proximidade das partes entre si e para com o mediador.

O facto de o mediador estar fisicamente no meio das partes, permite, desde logo, concluir que, estas se encontram em simetria e paridade entre si. O mediador, apesar de ter um papel de orientador e dirigente do processo, está, também, numa posição de paridade em relação às partes na questão do nível de distanciamento. Não existem patamares rígidos nem posições dominantes.

A ausência de indumentária formal, por parte do mediador, também tem um simbolismo nesta justiça de proximidade.

Em consequência da rápida expansão dos MARC pela Europa, surgiu a necessidade de se criar um texto fundamental que definisse o espírito comum de todas as mediações, e de todos os mediadores. “Diversas associações de Mediação compreenderam isso e reuniram-se para estabelecer uma Carta comum. Ao mesmo tempo, estabeleceram um Código de Mediação, indissociável da Carta, que indica os princípios directores que regem a Mediação, os deveres e direitos do mediador, os controlos e sanções.

Essas disposições definem, portanto, as modalidades gerais de intervenção de um mediador ou de uma associação de Mediação”¹⁰³.

A criação do Código Europeu de Conduta de Mediadores garante a defesa dos interesses dos cidadãos que escolhem a Mediação, conferindo-lhe, também, uma certa segurança¹⁰⁴, e padroniza a actuação dos mediadores com regras e normas éticas e deontológicas, de forma a assegurar a sua isenção, independência e imparcialidade.

Ainda de acordo com o artigo 20º do Código de Mediação, “o mediador tem o dever de conservar um estado de espírito e um comportamento independente de maneira a salvaguardar, sob todas as suas formas, a independência inerente à sua função”.

Segundo o Código de Ética e Deontologia dos Mediadores de Conflitos Português¹⁰⁵, “o mediador é um profissional independente e imparcial, comprometido com o sigilo e capacitado para facilitar o diálogo entre os mediados e ajudá-los a procurar o melhor resultado consubstanciado num acordo que os satisfaça mutuamente”.

Cabe ao mediador canalizar todos os esforços no sentido de reunir as condições necessárias para a realização de um acordo. Contudo, não lhe cabe a tarefa de realizar o

¹⁰³ Jean - François SIX, “*Dinâmica da Mediação*”, Belo Horizonte, DelRey, 2001, p.212.

¹⁰⁴ Sobre este assunto teremos oportunidade de desenvolvê-lo em pormenor, mais à frente.

¹⁰⁵ Este Código foi criado pela Associação de Mediadores de Conflitos (AMC), em 1 de Julho de 2003.

acordo. O seu papel é de estimular o diálogo e não o de decidir ou impor soluções, prevalecendo sempre a vontade das partes.

A este propósito é consensual, entre nós, afirmar-se que o mediador tem uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados¹⁰⁶.

Tal como os advogados, por exemplo, que no exercício da sua actividade devem obedecer, acima de tudo, ao compromisso de fidelidade e confidencialidade. Na sua actuação enquanto profissional e, prestador de um serviço público, o advogado tem o dever cívico e moral de respeitar de boa fé os princípios orientadores do E.O.A., bem como o Código de Ética e Deontologia da Ordem dos Advogados. Contudo, não se compromete em realizar determinado resultado, nomeadamente, não se obriga a vencer a causa, já que isso dependerá não só, do seu empenho e desempenho profissional, se não que, ainda, da colaboração de terceiros, etc. A verificação do resultado também não constitui obra do acaso, sendo, decerto a concretização de toda uma actividade séria e recta, baseada numa postura de confiança e boa-fé.

Nesta sua actividade, o mediador assume-se como pedagogo da comunicação com experiência profissional na gestão de conflitos. Serão as suas vivências pessoais e as suas experiências profissionais que lhe permitirão a escolha da melhor atitude perante as partes e o próprio conflito.

A qualidade da formação do mediador, as exigências de uma actuação regida por um Código Ético e Deontológico, constituem uma garantia de promoção da sua prática baseada nos princípios da confidencialidade, neutralidade, e imparcialidade.

Relativamente ao perfil do mediador cabe-nos referir que, de acordo com o artigo 31º, da LJP, este deve ter mais de 25 anos de idade, dominar a língua portuguesa, e estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos. A figura do mediador pode ser assumida por qualquer pessoa singular que seja capaz, (artigo 67º do C.C). De acordo com esta disposição, o Professor MOTA PINTO, entende que a capacidade de gozo e de exercício

¹⁰⁶ De acordo com o estipulado no artigo 2 do Código de Mediação. Ver Jean- François SIX, *ob.cit.*, p. 287. Em Portugal, faz-se a distinção entre a obrigação de meios e a obrigação de resultados, com base na responsabilidade civil contratual e extra-contratual prevista no C.C. Assim, e no que respeita à actividade do mediador, este através de um contrato de prestação de serviços, compromete-se a cumprir uma *obrigação de meios*, i.e., compromete-se apenas o de desenvolver a sua actividade independentemente da verificação, ou não, do resultado, neste caso, (leia-se, o acordo entre as partes). Esta obrigação de meios deverá considerar-se cumprida, mesmo que não se venha a verificar o resultado pretendido. Apenas se considera incumprimento, se, no decorrer da sua actividade forem por si praticadas omissões, ou erros causais da não verificação do resultado. Por outro lado cabe apenas às partes a prossecução das diligências adequadas à realização de um acordo que as satisfaça mutuamente. Logo, o alcance material do resultado é apenas responsabilidade das partes.

dos sujeitos deriva da personalidade jurídica dos mesmos. Melhor dizendo, “à personalidade jurídica é inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos. Assim, “fala-se de capacidade jurídica para exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas”¹⁰⁷. Para além destes requisitos, o mediador deve ainda possuir uma licenciatura adequada à prossecução da Mediação¹⁰⁸, estar habilitado legalmente com um curso reconhecido pelo Ministério da Justiça e, por último, isento de condenação por crime doloso¹⁰⁹. No caso concreto do mediador, poderíamos equiparar este requisito a um impedimento ao cumprimento do direito à profissão constitucionalmente previsto¹¹⁰.

Deve, ainda, ser detentor de conhecimentos técnicos adequados às matérias em causa e, de um saber teórico bastante vasto, deve revelar experiência prática nos assuntos e interesses das partes e agir com alguma empatia e flexibilidade associada a uma certa criatividade. Ao mediador familiar é ainda exigida uma formação técnica especializada e actualizada, carregada de conhecimentos e experiência em determinadas áreas específicas, com vista a prossecução de um trabalho sério e credível baseado na oportunidade de comunicação dos mediados. O mediador, além de proporcionar confiança e credibilidade aos mediados, deverá ter a capacidade de controlar os ânimos e organizar a comunicação por forma a que todos se ouçam. É ao mediador que cabe a tarefa de definir quem fala e quem escuta em primeiro lugar. Muitas vezes, neste pequeno gesto está o segredo de uma

¹⁰⁷ Carlos Alberto MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p.194.

¹⁰⁸ Não especificada legalmente

¹⁰⁹ De acordo com o juiz Conselheiro do STJ Migueis GARCIA, o crime doloso é entendido no sentido material de crime ou dano que ocorre de forma intencional, e que apesar de o agente que o pratica, prever um resultado lesivo, ainda assim, leva-o adiante, produzindo esse mesmo resultado. Resulta da conduta ilícita do agente, a partir do momento que assume o risco pela prática dos seus actos., estando, assim, o dolo associado à consciência voluntária. Cfr. Migueis GARCIA, apontamentos das aulas teóricas de Direito Penal II, Universidade Internacional da Figueira da Foz, ano lectivo de 2008/2009.

Nas palavras do Professor Figueiredo DIAS “o dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo,(...) é expressão de uma atitude pessoal de **contrariedade** ou **indiferença**”, *Direito Penal. “Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime”*, Tomo I, Coimbra, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 278.

O crime doloso pode ainda ser classificado como *crime de dano* quando o resultado é o dano, ou *de perigo* quando o agente apenas quer provocar uma situação de risco. O dolo pode ser *eventual*, nas situações em que o agente deseja provocar uma situação de risco e também aceita o dano previsto como resultado, ou pode ser dolo *de perigo*, se o agente apenas pretende provocar uma situação de risco, não desejando, contudo, provocar o resultado previsto.

¹¹⁰ De acordo com acórdão do TC n.º 239/2008 – processo n.º1086/07, publicado em Diário da República. -1ª Série. – n.º 94, p. 2682, de 15 de Maio de 2008, “ estaremos, assim, perante uma interdição ao exercício do direito constitucional de acesso a uma determinada profissão (n.º 1 do artigo 47º, da CRP), como consequência da existência de uma condenação penal anterior, sem qualquer ponderação da adequação e da necessidade de aplicação de tal medida de interdição, o que contraria a proibição contida no artigo 30º, n.º 4 da CRP”.

comunicação pacífica e harmoniosa. Para além disto, o mediador tem de dominar conhecimentos na área da psicanálise de forma a conseguir perceber nas situações que envolvem separação, divórcio e filhos menores, qual a importância dos filhos para o casal, e qual a importância da participação dos filhos na Mediação como forma de ajudar os pais e/ou o mediador na resolução do problema. Requer-se, portanto, uma actuação racional estruturada e equilibrada.

Em suma, o mediador é alguém que procura estimular a comunicação entre os litigantes servindo-lhes de meio de transmissão das ideias e pretensões, que apresenta propostas e sugestões de forma a conseguir quebrar o desequilíbrio que as partes apresentam no início do processo. Mesmo não intervindo como juiz ou árbitro, não se pode dizer que este tenha uma presença passiva. É muitas vezes a acção do mediador que dá um novo sentido e que permite, entre as duas partes, um novo começo, uma nova convivência.

Podemos, desde já, concluir que o mediador tem uma tarefa multifacetada, tanto pela forma como promove o seu desempenho, como pela forma de garantir o sucesso no cumprimento dos seus deveres e obrigações. Para além de todos os aspectos supra referidos em relação à actuação do mediador, ainda se nos reserva salientar a sua capacidade para promover o diálogo e o respeito entre as partes, incentivar a criatividade na busca de soluções, orientar e auxiliar na construção do acordo e, por fim, garantir que o acordo seja exequível e aceitável. Neste sentido, o mediador apesar de não prestar qualquer assessoria jurídica, deve ainda assim, evitar que as partes pela sua autonomia de vontade, “empreguem esforços em acordos que não possam vir a ser homologados”, (quando esse seja o seu propósito), ou ainda que consigam obter acordos contrários à lei, e à ordem pública.

No fundo cabe ao mediador criar o cenário perfeito que permita sanar o conflito trazido pelas partes. A actuação do mediador pode ser mais interventiva ou mais facilitadora (menos interventiva). No entanto, a Mediação não poderá deixar de ser o palco onde todo o processo decorrerá em busca do consenso e da paz social, com as partes a desempenhar os seus “papéis” de acordo com “o guião” da Mediação e, o mediador é “o ponto” que permite que os actores se confrontem sem perderem o controlo e desequilíbrio físico e emocional. O sucesso alcançado pelos particulares terá o seu reflexo na sociedade em geral, contribuindo para a pacificação social e constituindo um reforço das relações

humanas protagonizado por cidadãos capazes. Será assim uma justiça do cidadão e para o cidadão.

3.1.2 As competências do Mediador

Em Portugal, para além de um curso de Mediação de conflitos, é exigido como requisito legal, que o mediador tenha uma licenciatura adequada, sem especificar nenhuma em particular. Actualmente, existem mediadores de diversas áreas, desde o direito à psicologia.

O Código Deontológico Europeu dos Mediadores refere a necessidade dos mediadores possuírem competência e conhecimentos relativos aos processos de Mediação, certificando-se que detêm essa formação e competência antes de aceitarem qualquer contratação com as partes. Esta informação deve ser prestada às partes e por estas ser expressamente aceite. Ao mediador familiar em particular, é exigida uma formação específica no direito da família, bem como formação adicional especializada e actualizada.

O mediador familiar deve estar munido de informação e conhecimentos teórico-práticos em várias áreas, por forma a poder avaliar, não só o tipo de conflito que os mediados trazem para a Mediação, como também as atitudes e predisposição que as mesmas revelam para a resolução desse mesmo conflito.

Sabemos *à priori* que o direito da família permite vários tipos de conflitos na Mediação, contudo, caberá ao mediador por experiência própria e profissional detectar perante os mediados, qual o grau de gravidade e exaltação que estes demonstram aquando do seu primeiro encontro formal. Como tivemos oportunidade de referir supra, são as separações, os divórcios, e a regulação das responsabilidades do poder parental, que dominam tematicamente a Mediação, embora outras matérias possam ser resolvidas por esta via.

Assim, é expectável que o mediador organize e dirija a Mediação, colocando a sua preparação técnica e o seu conhecimento prático ao serviço das pessoas que escolheram voluntariamente a sua intervenção, procurando facilitar a emergência de modos diferentes de reflexão a fim de conseguir o melhor e mais justo resultado - artigo 35º, n.º 3 da LJP.

O mediador está, assim, vinculado ao respeito e cumprimento das regras consagradas nos Códigos de Conduta. A falta de cumprimento das mesmas pelo mediador é passível de responsabilidade disciplinar. Melhor dizendo, “as sanções deverão ter lugar quando o mediador por acção ou omissão incorre numa infracção por não cumprir deveres que lhe são legalmente impostos”¹¹¹, sendo que “o tipo de sanção deverá ser fixado consoante o tipo de infracção que, por seu turno, se classifica em função da sua gravidade (aferida conforme o grau de incumprimento da conduta do mediador e do prejuízo causado aos mediados)”¹¹².

É determinante a capacidade que o mediador possa ter no sentido de analisar, de investigar, escutar a linguagem verbal e não-verbal, de gerar empatia e confiança e promover a cooperação entre as partes.

3.1.3 Os Deveres do Mediador

O mediador deverá assegurar a plena autonomia das partes durante todo o processo de Mediação, recusando-se, sendo caso disso, a mediar processos em que esta autonomia possa estar de alguma forma afectada (artigo 2º, n.º3, do Código de Ética e Deontologia). É-lhe, pois, exigido, o dever de respeitar, em todas as circunstâncias, a autonomia das pessoas, a sua liberdade de julgamento e decisão. A sua actuação deverá ser no sentido de não pressionar as partes na procura do acordo.

De acordo com o disposto no n.º 1, do artigo 16º, da Portaria n.º 1112/2005, de 28 de Outubro, também é dever do mediador prestar o auxílio necessário às partes, por forma a permitir a boa comunicação, não sendo, contudo, permitido sugerir ou impor qualquer tipo de decisão.

O mediador deverá usar de técnicas de comunicação próprias, criando espaço entre os mediados, evitando confrontos e abusos directos e ofensivos. Também o respeito pelo outro deverá ser acautelado. O uso de repetições, de expressões curtas, claras e objectivas, permitirá ao mediador esclarecer melhor os mediados, de forma a compreenderem acima

¹¹¹ Paula Lucas RIOS, Mediação Familiar, “*Estudo Preliminar para uma Regulamentação legal da Mediação Familiar em Portugal*”, 2005, p.17, disponível em www.verbojuridico.net (acedido em 20 de Novembro de 2011).

¹¹² *Ib. Idem.*

de tudo como pretendem solucionar o problema que os contrapõe, em vez de estarem preocupados com o motivo que os levou àquela situação em concreto.

A Mediação está pensada no presente, e é trabalhada para o futuro, apesar de em certas circunstâncias, o mediador ter necessidade de conhecer o passado da história dos mediados, para conseguir compreender as suas motivações e as possíveis razões do conflito.

O mediador deverá agir com imparcialidade¹¹³ em relação às partes, não tomando partido de nenhuma das posições em conflito. Deverá, também assumir um papel neutral na formalização e discussão de soluções encontradas pelas partes, não trazendo para si qualquer tipo de benefício, nem prejuízo para a Mediação.

Por força do disposto no n.º 2, do artigo 30º, da LJP, o mediador deve proceder com imparcialidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência na prossecução de toda a sua actividade durante a Mediação. Ainda durante o processo de Mediação, o mediador não pode permitir tentativas de agressividade nem de ameaças entre os mediados.

De acordo com Marinés SUARES¹¹⁴, “todos los mediadores tienen prohibido dar consejos. Ésta es la mayor tentación que sufren y contra la cual deben formar-se, ya que en el momento en que alguien nos cuenta un problema, se nos ocurre inmediatamente una solución y nos sentimos tentados a dar un consejo. Esto va contra las reglas éticas de la Mediación y además, si lo hacemos, impedimos el desarrollo del protagonismo y la búsqueda por parte de ellos de las soluciones a la medida de sus necesidades”.

Ainda a este propósito, a mesma autora, citando o Mediador Patrick PHEAR, afirma que, “el buen mediador se niega a aconsejar o sugerir soluciones; y se niega a reemplazar el juicio o los conocimientos de las partes por sus propios juicios o conocimientos”¹¹⁵.

O dever de confidencialidade está na base dos procedimentos da Mediação. Trata-se de uma imposição legal para o desenrolar de um processo de confiança, o respeito pelo princípio da confidencialidade faz parte integrante das condições gerais da aceitação do acordo de Mediação. Sem ele, a Mediação não tem lugar. O dever de confidencialidade

¹¹³ De acordo com n.º 2 do artigo 16º da Portaria n.º 1112/2005, de 28, de Outubro.

¹¹⁴ Marinés SUARES, “*Mediando en Sistemas Familiares*” : opciones sugeridas por el mediador, p. 270. Paidós.

¹¹⁵ *Idem*, p. 271.

dos mediadores¹¹⁶ Segundo Joana CAMPOS, pode decorrer da adesão aos códigos de conduta, e os mediadores que a eles aderem emitem uma declaração negocial que os vincula, nesta medida, a violação do segredo profissional pode dar origem a procedimento disciplinar e a responsabilidade civil¹¹⁷ e criminal. Assim, de acordo com esta autora, o mediador é parte do acordo de Mediação, e como tal a obrigação de confidencialidade para este, decorre não apenas da lei mas também do contrato¹¹⁸.

Nos termos do n.º 4, do artigo 52º, da LJP, o dever de confidencialidade do mediador chega mesmo ao ponto de não permitir que este possa ser testemunha¹¹⁹ em qualquer causa que oponha os mediados, ainda que não relacionada com o objecto da Mediação. A bitola deste sistema reside, assim, na protecção da confiança entre mediador e cidadão, imprescindível ao exercício da profissão de mediador e à defesa dos direitos individuais e aos valores sociais que lhe são atribuídos.

Nos termos do artigo 22º, do Código da Mediação¹²⁰, “o mediador, é obrigado, em relação a terceiros, ao segredo profissional em condições análogas àquelas definidas pelo artigo 195º do novo Código Penal”. «No domínio privado das pessoas, esse segredo se estende a tudo o que o mediador “viu, ouviu e compreendeu” no decorrer do exercício de sua função».

A reforçar o seu dever de independência, refere o n.º4, do artigo 50º, da LJP, que o mediador que proceda à pré-mediação não deve intervir como mediador na fase subsequente.

É, também, dever do mediador redigir o que for sendo acordado pelas partes no fim de cada sessão, bem como o acordo final.

¹¹⁶ Joana CAMPOS, O Princípio da confidencialidade na mediação, *Revista Scientia Iurídica*, Tomo LVIII, 2009, n.º 318, s/e, p. 326.

¹¹⁷ O mediador como parte do acordo de mediação, se incumprir o seu dever de confidencialidade, pode vir a responder no âmbito da responsabilidade obrigacional, nos termos definidos no artigo 798º do CC, cfr. Joana CAMPOS, O Princípio..., ob.cit..., p. 325.

¹¹⁸ *Idem*, p. 327.

¹¹⁹ Também considerado como impedimento da actividade do mediador, no n.º 3 do artigo 17º, da Portaria n.º 1112/2005, de 28 de Outubro.

¹²⁰ Cfr. Jean- François-SIX, *ob.cit*, p.295.

3.1.4 Os Mediados

Os mediados, também designados de partes, são os cidadãos que se apresentam com interesses e desejos antagónicos e que procuram a ajuda de um profissional neutro e imparcial que os auxilie na escolha acertada de uma solução que os satisfaça mutuamente. Tal como o mediador, também as partes devem respeitar cabalmente determinadas condutas e assumir determinadas posturas de forma a cumprir os propósitos da Mediação.

Os mediados têm o domínio completo do processo e do desenrolar de toda a acção, dependendo exclusivamente delas, o início, o decurso e o fim da Mediação¹²¹. Cabe-lhe o poder de escolher o Centro ou Serviço de Mediação, o mediador¹²², a forma como devem encontrar e construir soluções possíveis para o problema, assim como a responsabilidade para determinar, de forma consensual, a melhor solução para elas.

As partes devem estar receptivas à Mediação e cumprir, na íntegra, os seus princípios. O processo de Mediação só se iniciará depois de esclarecidas as partes sobre toda a tramitação e duração do processo, honorários, competências e disponibilidade do mediador.

Para além destes requisitos, os mediados têm de aceitar expressamente os termos e condições que lhes foram enunciadas, incluindo a cláusula de confidencialidade a que estão obrigadas (artigo 52º, n.º1, da LJP). É-lhes, ainda exigida a plena colaboração, seja dialogando, seja observando os procedimentos exigidos. É também considerado dever das partes, a comparência às sessões de Mediação, quando estas tenham lugar¹²³. Deverão ser acompanhadas e auxiliadas durante todo o processo de Mediação (artigo 53º, n.º5, da LJP). Na Mediação familiar em particular, e de acordo com Rossana Martingo CRUZ, “para que estas garantias sejam asseguradas, deve cada parte estar representada por um advogado independente”¹²⁴, para que desta forma, se possam vencer eventuais resiliências das partes, e, assim, alcançar-se a prossecução dos interesses que defendem¹²⁵. A estas deverão ser

¹²¹ As partes podem renunciar à Mediação (n.º 1, do artigo 55º da LJP) ou dá-la por terminada, não sendo obrigadas, para o efeito, a justificar a sua decisão.

¹²² Caso as partes não cheguem a acordo na escolha do mediador, a secretaria designará um, (artigo 51º, n.º 2, da LJP).

¹²³ “Se uma das partes não comparecer à sessão de pré-mediação ou a uma sessão de mediação, não apresentando justificação no prazo de cinco dias, o processo é remetido à secretaria para marcação da data de audiência de julgamento”, (n.º 1, do artigo 54º da LJP).

¹²⁴ Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p.106.

¹²⁵ “As partes tendem a iniciar o processo de mediação com um espírito competitivo e adversarial que associam ao processo litigioso, o paradigma da cultura adversarial impede-as, na maior parte dos casos, de expressarem as suas reais motivações (...)”. “A maior dificuldade que o mediador encontra é precisamente a

prestadas todas as informações respeitantes ao processo de Mediação, antes e durante, e até aquando da assinatura do acordo, caso este seja alcançado¹²⁶.

3.1.5 O Advogado

Como já referimos, a Lei dos Julgados de Paz atribui às partes a possibilidade de se acompanharem de advogado durante todo o processo de Mediação. A este respeito cabe agora identificar alguns problemas, através da formulação de algumas questões que se prendem com o carácter dessa faculdade. Isto é, a presença de um advogado, acompanhando as partes, como uma verdadeira faculdade ou, antes, uma obrigação passível de ser dispensada? E quem não fizer uso dessa faculdade, será penalizado por isso? Até onde se cumpre o princípio da igualdade de tratamento das partes? Não estaremos perante uma inconstitucionalidade, no que respeita ao apoio judiciário¹²⁷?

A não obrigatoriedade (com excepção de casos muito particulares, cfr.n.º 2 do artigo n.º 38 da LJP, e no recurso caso este tenha lugar) de constituição de advogado, aliada a não existência de um juiz que, quando existam manifestas desigualdades entre os litigantes, as equilibre, pode reverter a favor do reforço da inferioridade de um deles, e o perpetuar da manipulação da superioridade do outro.

Uma outra questão é saber se a presença de um elemento estranho à contenda, não impedirá a normal prossecução dos factos e consequente realização da Mediação. Por outras palavras, a presença de advogado(s) não contribuirá, de alguma forma para pôr em causa o ambiente de compromisso que as partes estabeleceram e devem assumir com o mediador? No fundo, também o mediador é, ou pode ser, licenciado em Direito e no entanto, será ele quem detém o controlo total sobre o decurso processual bem como dos “colegas” ali presentes.

de fazer ver às partes que precisam de colaborar no decurso do processo, para que no final se sintam satisfeitas com o acordo alcançado”, cfr. Lúcia Dias VARGAS, *ob.cit.*, pp. 56-57.

¹²⁶ “A consulta a especialistas antes, durante o processo ou entre reuniões, com a intenção de esclarecimento ou orientação, é possível e algumas vezes, indicada. Assim, durante o decurso da Mediação, as partes poderão fazer-se assistir por advogado, advogado-estagiário ou solicitador, bem como por peritos, técnicos ou outras pessoas” veja-se www.mediadoresdeconflitos.pt. (acedido em 11 de Agosto de 2011).

¹²⁷ Cfr. artigo 20º, da CRP. Também consagrado na Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

Relativamente a esta problemática, interrogamo-nos sobre a própria utilidade da presença do advogado no processo de Mediação. Expliquemo-nos melhor, sob a forma de pergunta. Se o advogado não intervém activamente na prossecução do conflito, nem no encontro de soluções, para quê a sua presença física na Mediação?

Mesmo na eventualidade de frustração da Mediação, o processo segue para a via judicial como segunda instância e o advogado não pode usar em defesa do seu “cliente”, os factos e as informações de que tomou conhecimento nas sessões de Mediação.

Tendo por certo a actividade defensora do advogado conquistado a confiança pessoal do seu cliente, e tendo este, capacidade profissional para legalmente proteger os seus interesses, parece-nos, que o aconselhamento jurídico seria suficiente. Todo e qualquer parecer jurídico pode ser prestado fora da sessão de Mediação. Assim estariam as partes esclarecidas sobre o que poderiam ou não convencionar nas suas propostas e discussões.

“O dever do advogado será assegurar o melhor para o seu cliente. Já o mediador aspira alcançar o ponto óptimo de equilíbrio para as duas partes, onde ambas harmonizam o que é melhor para si”¹²⁸.

O advogado será, neste sentido, o elemento que mais ganha em todo o processo, sendo que os seus honorários em nada se compadecem com os do mediador, que independentemente de conseguir alcançar o acordo entre as partes, ou a causa se frustrar, não receberá mais que €120,00 (cento e vinte euros) no fim do conflito.

Em termos gerais, e dada a abrangência da Lei dos Julgados de Paz, apenas encontramos regulamentação para a presença não obrigatória do advogado, mas não encontramos limitação a essa faculdade. Terá sido intenção do legislador? Ou terá sido o anseio de justiça de proximidade que deu origem a esta flexibilidade?

Parece-nos que o facto de não estar prevista uma limitação a esta faculdade, por si só, não equivale a proibição. Contudo, seria mais objectivo se o legislador atribuísse algum limite a esta estatuição. Sendo que não podemos olvidar o facto de a presença de elementos estranhos ao processo, poder contrariar a voluntariedade, a confidencialidade e a imparcialidade próprias da Mediação.

Ainda assim, e socorrendo-nos de um exemplo do direito comparado, verificamos que no Brasil defende-se, a presença do advogado nas sessões de Mediação. “Cientes da

¹²⁸ Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p.106.

importância da presença do profissional de direito na defesa do seu constituinte, as entidades especializadas em Mediação e Arbitragem são unânimes nos seus regulamentos, em darem substancial destaque ao recomendar que o advogado deve ser presença fundamental e indispensável na condução do procedimento privado escolhido pelas partes em conflito”¹²⁹.

Em Portugal, e segundo Lúcia Dias VARGAS, “a filosofia da Mediação radica no entendimento segundo o qual, as pessoas envolvidas no conflito são as que melhor capacidade terão para o resolver, pelo que os participantes devem ter um domínio absoluto do procedimento da Mediação, podendo desistir dele sempre que entenderem”¹³⁰, *i.e.*, o legislador atribui às partes em conflito o poder de decidir o que melhor lhes aprouver para a solução do caso concreto, sem que o mediador se possa opor.

E apenas se consideram participantes na Mediação, aqueles que têm o poder de decisão. “A participação de quaisquer outros poderá ser vista como uma violação ao carácter privado e confidencial da Mediação, pondo em risco o sucesso da mesma, por dificultar a abertura do diálogo e a lealdade da comunicação”¹³¹.

Ainda assim, se entende que, em geral, a participação do advogado na Mediação auxilia e traz benefícios ao desenrolar do processo, através da assistência que este presta ao seu cliente/mediado. Além de zelar pelos interesses do seu cliente, também confere idoneidade e uma garantia de capacidade a todo o processo. O advogado é indicado para prestar um serviço de assessoria jurídica ao seu cliente por forma a encaminhar os procedimentos no sentido de uma resolução legalmente satisfatória para o problema. De acordo com VEZZULLA, “é sua função sugerir, e não impor, soluções alternativas e fazer com que o cliente se capacite do compromisso que vai assumir”¹³².

Esta ideia é reforçada pelo Código de Deontologia dos Advogados Europeus¹³³, que nos seus Princípios Gerais, mais precisamente no ponto 2.1.1., relativamente à independência, diz que, a “multiplicidade de deveres a que o advogado está sujeito impõe-lhe uma independência absoluta, isenta de qualquer pressão (...) esta independência é tão necessária à confiança na justiça como a imparcialidade do juiz”¹³⁴.

¹²⁹ Cfr. <http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/08/16/3137/> (acedido em 11 de Agosto de 2011).

¹³⁰ Lúcia Dias VARGAS, *ob.cit.*, 2006, p.55.

¹³¹ Cfr. www.mediadoresdeconflitos.pt (acedido em 11, de Agosto de 2011).

¹³² Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria...*, *ob.cit.*, p.

¹³³ Deliberação n.º 2511/2007 OA (2ª série), de 27 de Dezembro de 2007.

¹³⁴ Disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30819&idsc=1244&ida=61807 de 27, de Dezembro de 2007 – (acedido em 18, de Novembro de 2011).

Esta participação do advogado na Mediação tende a ser entendida no sentido de investigar e prestar informações, no fundo, assessorar o seu cliente, sobre o que lhe é mais conveniente.

Se as partes se fizerem acompanhar dos seus advogados, caberá ao mediador definir o seu papel no processo antes mesmo de este iniciar, podendo “os advogados ser ainda muito úteis auxiliando as negociações e finalizando o acordo”¹³⁵.

O advogado pode ou não tomar parte nas sessões de Mediação, cabendo esta escolha a si e ao seu cliente? Partindo do princípio que consideramos que sim, que o advogado pode participar das sessões de mediação, teremos de ter em conta que apesar de não ser parte do “processo” terá de cumprir e zelar pelo respeito das regras e assumir um papel apenas de participante passivo. O trabalho do advogado, será, tão somente o apoio e o incentivo à colaboração do seu cliente na prossecução de soluções e na realização de um possível acordo. Como já referimos anteriormente, a confidencialidade torna-se o elemento chave de todo o processo de Mediação. É com base na confiança do “segredo”, que algumas informações vão sendo reveladas pelas partes, no sentido de desencadear um diálogo pacífico numa tentativa de restauração de um conflito.

A propósito do sigilo a que se vincularam todos os intervenientes, o Código de Deontologia dos Advogados Europeus¹³⁶ refere que “é um requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações, que não confiaria a mais ninguém e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança” (ponto 2.3.1.Segredo Profissional). Refere, ainda, o mesmo Código que, “O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado”.

Ainda ao abrigo do mesmo diploma “a obrigação do advogado de guardar segredo profissional, visa garantir razões de interesse público, nomeadamente, a administração da justiça e da defesa dos interesses dos clientes”, e “não está limitada no tempo, ponto 2.3.3”.

Apesar de tudo, é dever do advogado assegurar o melhor para o seu cliente que enquanto “co-protagonista” no processo de Mediação, tudo fará para que o seu cliente ganhe. Nesta perspectiva Lisa PARKINSON, entende que “se os advogados usarem a

¹³⁵ Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar*, ob.cit., p. 65.

¹³⁶ Disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30819&idsc=1244&ida=61807 – (acedido em 18, de Novembro de 2011).

Mediação como uma oportunidade para exercer advocacia, transformam-na num processo contencioso e deixa de ser uma Mediação”¹³⁷.

No mesmo sentido, Marta Blanco CARRASCO, defende que, “também se deve admitir a participação de peritos no processo de Mediação (podendo este) ser chamado pelo mediador e/ou pelas partes para dirimir qualquer dúvida”¹³⁸, sendo que esta intervenção deverá apenas responder satisfatoriamente as questões em causa, revestindo um carácter meramente informativo e esclarecedor.

Em nosso entender, também neste sentido deveria ser a participação do advogado: apenas auxiliar os mediados na prossecução legal dos interesses e direitos a defender. Podendo igualmente ser chamado ao processo pelas partes ou pelo mediador dependendo das questões suscitadas e a necessidade de apoio e esclarecimento.

4. A Mediação nos diferentes estilos:

4.1 A Mediação Familiar

Nos Estados Unidos, nos últimos trinta anos, assistimos a um aumento do número de divórcios e com estes, a uma mudança no regime legal do divórcio. A maior parte dos Estados optou por uma forma de divórcio sem culpa, encarado como uma crescente aceitação da ideia de divórcio como algo natural da vida, colocando-se assim a questão de saber se é ou não apropriada a intervenção do tribunal na dissolução do casamento; ou se se deve deixar essa questão entregue às próprias partes.

Como já tivemos oportunidade de referir, a partir dos anos setenta, iniciou-se um movimento de criação de novos caminhos para a resolução alternativa de conflitos, de natureza familiar fora dos tribunais¹³⁹.

Em 1976, a *American Bar Association* criou uma comissão especial de MARC, que começou a encorajar os programas de Mediação, dentro dos tribunais, por todo o país.

A atitude perante este movimento estava a mudar, e tal foi evidenciado no “Relatório anual do estado da Justiça”, até porque já se apelava à utilização destes

¹³⁷ Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p. 65.

¹³⁸ Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p.127.

¹³⁹ Através da Recomendação n.º R (98) I

mecanismos em matérias como o divórcio, a custódia dos filhos, a regulação do poder paternal e a adoção¹⁴⁰.

Apesar de todo o optimismo depositado nestes novos métodos ainda surgiam questões problemáticas, nomeadamente, as referentes às linhas orientadoras, e à regulamentação legal dos MARC.

Até aos anos oitenta, não havia orientações/regras padrão, ou guias/códigos para um mediador de divórcios, assim como também não existiam instrumentos que protegessem os cidadãos.

Após alguns debates entre várias associações, e depois de criada uma comissão de Mediação, desenvolveram-se algumas normas/modelos de Mediação que serviriam de orientação para os advogados que eram também os mediadores.

Apesar de não estarem vinculados a essas normas, estas serviam como orientações no âmbito da Mediação.

Também na Europa, surgiam as primeiras preocupações relativamente ao Mercado Comum, traduzido nos possíveis conflitos resultantes das relações civis e comerciais quer nacionais quer internacionais.

A falta de regulação normativa despoletou a necessidade de criação de mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos para além fronteiras. Segundo o Livro Verde, em 1998 o Conselho da Europa adoptou uma Recomendação sobre a Mediação Familiar¹⁴¹. No mesmo sentido, em 2008, o Parlamento Europeu e o Conselho publicaram uma Directiva relativa a certos aspectos da Mediação civil e comercial¹⁴², com o intuito de resolver de forma breve os conflitos que envolvessem diferentes Estados. Este Diploma legal vem permitir uma maior facilidade de acesso dos cidadãos à justiça. A Mediação em particular assume um papel predominante e teve acolhimento no ordenamento jurídico português através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho.

Assumindo uma posição relevante no sistema jurídico nacional, o legislador optou por enquadrar as normas relativas à Mediação no Código de Processo Civil.

¹⁴⁰ Leonard LOEB, “New Forms of Resolving Disputes – ADR” *Family Law Quarterly*, Vol. 33, 1999, p. 581.

¹⁴¹ Livro Verde, p. 12, Recomendação n.º R (98) I, disponível através de: <http://cm.coe.int/ta/rec/1998/f98r1.htm>, (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

¹⁴² Directiva 2008/52/CE.

Tratando-se da Mediação em questões do direito da família poderemos dizer que esta matéria deveria, por si só, merecer um capítulo estanque e autónomo, pelo valor e pelo simbolismo que representa na sociedade.

Assim, e tal como temos vindo a referir, a Mediação corresponde ao momento em que as partes conflituantes demonstram predisposição para assumir voluntariamente um compromisso correcto e estruturado, de forma a restabelecer a harmonia necessária ao normal relacionamento entre elas.

Neste contexto parece-nos imprescindível falar na relação entre indivíduos que comungam um regime de casamento, cujo processo está em fase de ruptura total ou parcial.

O primeiro objectivo de um modelo de Mediação no âmbito familiar é a reparação do bem estar comum do casal, quando este, enquanto tal, ainda seja possível. Contudo, não cremos que seja essa a verdadeira motivação que os leva (casais/mediados) a procurar a Mediação. Se assim fosse, recorreriam a um acompanhamento de ajuda e terapia e não a uma busca de solução. O objectivo da Mediação estaria assim, corrompido quer pelos mediados, quer pelo desempenho do mediador. O mediador é um técnico especialmente treinado para auxiliar os mediados, no entanto, não se confunde com um médico, ou um advogado, pois este não decide nem indica tratamento¹⁴³.

As relações interpessoais são decerto as mais complexas e difíceis de manter, arrastando consigo diferenças de interesses desejos e opiniões. Contudo a necessidade de comunhão e defesa de interesses e responsabilidades de ambos transforma muitas vezes os objectivos e as expectativas de uma parte em relação à outra. A principal preocupação da Mediação no campo familiar não está no valor que o casamento representa ou representou, para os cônjuges, mas sim no acompanhamento profissional dado aos filhos de uma relação que chega ao fim.

Assim, a Mediação familiar centra os seus cuidados na responsabilidade conjunta do acompanhamento dos filhos, após o divórcio. Esta preocupação manifesta-se ao nível psicológico, social e económico dos visados. Foi este esforço multidisciplinar de psicólogos terapeutas, juristas e magistrados que, em 1993, criou o Instituto Português de Mediação Familiar. (IPMF).

A Mediação não deve ser usada para resolver todo e qualquer conflito decorrente num contexto familiar. É necessário fazer uma avaliação das características e princípios da

¹⁴³ Juan Carlos VEZZULLA, *Mediação: Teoria ..., ob.cit.*, p. 99.

Mediação, bem como uma avaliação da qualidade e grau de relevância do problema para determinar a adequação deste, ao processo.

4.2 A Mediação Laboral

A vida em sociedade corresponde a inúmeras relações interpessoais sejam elas afectivas, profissionais, de amizade, de parentesco, de vizinhança, ou outras. Da boa comunicação entre as pessoas resultam as melhores ou as mais duradouras relações. Da necessidade económica dos cidadãos nasce a relação de trabalho, ou seja, aquela que se constitui entre a entidade empregadora e o trabalhador.

Também no local de trabalho, os direitos e deveres dos cidadãos devem ser respeitados e concretizados.

Para defesa dos direitos dos trabalhadores e com o objectivo de solucionar, de forma rápida e eficaz, os litígios de natureza laboral,¹⁴⁴ foi criado, em 2006, o Sistema de Mediação Laboral (SML).

Entende-se a Mediação Laboral como, um “meio de resolução alternativa de litígios emergentes do contrato individual de trabalho, que permite resolver conflitos existentes entre empregador e trabalhador sem necessidade de intervenção dos tribunais através do auxílio de um profissional especialmente certificado para a realização de Mediação entre as partes – o mediador laboral”¹⁴⁵.

A criação do SML exigiu a imprescindível existência de um corpo de mediadores de conflitos, constituído por profissionais independentes e adequadamente habilitados a prestar serviço de Mediação Laboral. Fazem parte de uma lista nacional definida e aprovada pelo Conselho Consultivo do SML que habilita ao exercício de Mediação pública no âmbito do SML¹⁴⁶.

Aos mediadores na área laboral é exigido um comportamento enquadrado no regime geral da Mediação, ou seja, uma prestação dentro dos limites do Código de Ética e Deontologia e do Código de Conduta para Mediadores. Os deveres e direitos

¹⁴⁴ Excepto os que resultem de acidentes de trabalho, ou que respeitem a direitos indisponíveis, cfr. <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/15> - (acedido em 17, de Outubro de 2011).

¹⁴⁵ Disponível através www.gral.mj.pt (acedido em 17, de Novembro de 2011).

¹⁴⁶ <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/46> ,(acedido em 17, de Outubro de 2011).

correspondem aos requisitos legais consagrados nestes mesmos códigos bem como na Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho).

O SML surge na mesma linha das iniciativas que deram origem aos MARC, permitindo uma resolução extrajudicial de litígios emergentes das relações laborais de forma célere e satisfatória. Com carácter de excepção está a restrição de acesso da Mediação dos trabalhadores menores de 16 anos (artigo 2º, n.º2, do Código de Processo do Trabalho).

Não obstante o desnível posicional das partes envolvidas, é garantido o apoio ao trabalhador e evita-se a exposição pública em tribunal. Quando a relação laboral termina, independentemente de qual tenha sido a causa de cessação do contrato de trabalho dela resultará decerto algum prejuízo para o trabalhador. Debilitado com esta nova realidade o trabalhador vê um conjunto de vantagens na adopção deste mecanismo, nomeadamente pelo facto de haver uma garantia de segurança relativamente à origem do SML¹⁴⁷. Esta solução a nível laboral vem completar os ideais de criação dos MARC, não só na concretização dos benefícios a nível pessoal, como também a nível comunitário.

Verifica-se com esta modalidade uma atracção ao investimento e à criação de emprego, facilita-se a obtenção de um acordo com o auxílio de um terceiro imparcial (mediador) e garante-se um descongestionamento dos tribunais judiciais. Também tem um carácter verdadeiramente económico pois apenas custa cinquenta euros (€50,00) para cada uma das partes, independentemente do número de sessões de Mediação. Esta taxa pode não ter lugar se for concedido apoio judiciário a uma ou a ambas as partes.

O SML nasce da assinatura de um Protocolo celebrado em 5 de Maio de 2006, entre o Ministério da Justiça e várias confederações patronais e sindicais¹⁴⁸. Após a sua entrada em funcionamento, em Dezembro do mesmo ano, várias associações profissionais, entidades empregadoras e sindicatos de referência no programa nacional aderiram a este projecto¹⁴⁹. Em 2006, iniciou o seu funcionamento nas áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto, em Maio de 2007 sofreu alterações na competência a nível territorial estendendo-se às comarcas de Braga, e desde Junho de 2008 abrange todo o território nacional¹⁵⁰. Em 28

¹⁴⁷ Este sistema foi promovido pelo Ministério da Justiça.

¹⁴⁸ São elas a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP); a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP); Confederação de Turismo Português (CTP); a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP); a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP – IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT).

¹⁴⁹ www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/15 (acedido em 17, de Outubro de 2011).

¹⁵⁰ www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/15 (acedido em 17, de Outubro de 2011).

de Fevereiro de 2011, a Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT) assinou o Protocolo para colaborar com o SML.

As empresas signatárias do Protocolo têm como obrigação a divulgação do Sistema de Mediação Laboral junto dos seus trabalhadores e a inclusão de uma cláusula no contrato de trabalho que faça expressa referência ao SML e à adesão da entidade patronal a este meio de resolução de conflitos laborais¹⁵¹.

A primeira cláusula do Protocolo revela a sua natureza voluntária, já que tanto a entidade empregadora, como, o trabalhador, voluntariamente e por decisão conjunta, podem usar o SML. Por outro lado, podemos constatar, pela análise da predita cláusula, a simplicidade processual pela ausência burocrática. A solicitação do serviço pode ser feita via telefone ou internet. Por sua vez, o juiz pode ordenar a remissão do processo para Mediação nos termos do disposto no artigo n.º 279º - A do CPC, salvo se alguma das partes expressamente se opuser. Este serviço permite também que as partes compareçam pessoalmente às sessões de Mediação, embora exista a possibilidade de se fazerem acompanhar de advogado, de advogado-estagiário ou solicitador. As sessões de Mediação têm um limite temporal de 3 meses, durando em média 28 dias, sem a necessidade de intervenção judicial posteriormente à obtenção do acordo¹⁵² e, produzindo efeitos após a assinatura das partes e considera-se obtido na data da sua assinatura.

O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes.

Alcançado o acordo, o mediador deverá redigir o seu termo, que será assinado pelas partes e deverá incluir uma cláusula de Mediação, através da qual se convencionou que em caso de incumprimento do acordo celebrado pelas partes, estas, deverão recorrer ao SML antes de recorrer a qualquer outro meio de resolução de conflitos¹⁵³.

Ainda assim não está afastada a possibilidade de recurso a tribunal judicial.

Nos EUA, a arbitragem laboral é o principal mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos nesta área. Segundo BONAFÉ- SCHMITT, ao longo dos tempos tanto as organizações sindicais, como as patronais optaram por preservar a sua autonomia de negociação através de convenções colectivas, criando e fixando as regras e condições de relacionamento no trabalho e implementavam modos não judiciais de resolução de

¹⁵¹ www.rvr.pt/netimages/file/MEDIACAO_LABORAL_PDF.pdf - (acedido em 17 de Outubro de 2011).

¹⁵² Com o acordo, as partes podem, se assim o entender, prorrogar a duração da Mediação.

¹⁵³ www.rvr.pt/netimages/file/MEDIACAO_LABORAL_PDF.pdf - (acedido em 17 de Outubro de 2011).

litígios.¹⁵⁴ Existe uma forte tradição na utilização dos MARC, pois, “antes da II Guerra Mundial, já a maioria das empresas dos diversos sectores adoptavam a arbitragem como principal mecanismo de resolução de conflitos; o seu conceito era claro e os seus procedimentos bem conhecidos¹⁵⁵. Em simultâneo, assiste-se a um ressurgimento da Mediação para resolver questões laborais. Neste contexto, se percebe a criação de várias empresas de Mediação, as *Grivance Mediations*¹⁵⁶ às quais se deveria recorrer previamente à arbitragem, que funcionaria assim, como uma segunda opção para o caso de a Mediação se frustrar.

Nos EUA também foram introduzidas formas de Mediação que envolvem a intervenção de terceiros neutros à hierarquia das empresas, com a função de estudar reclamações, emitir e transmitir recomendações. São entidades imparciais que fornecem assistência e informação confidencial às partes. Funcionam como facilitadores da comunicação tendo em vista a resolução dos problemas. Poderíamos dizer que são uns “mediadores” com poderes mais amplos.

A nível Europeu a utilização destes mecanismos já vem do início do século passado.

Em França, por exemplo, os magistrados judiciais desempenham um papel inovador na designação de terceiros para encetarem a Mediação. Neste país, “E apesar dos acordos de empresa não serem em tão grande número como nos EUA, foram instituídos representantes dos trabalhadores, nas empresas, que de acordo com os sindicatos têm o objectivo de concretizarem no próprio local de trabalho as reivindicações dos trabalhadores”¹⁵⁷. Surgem mediadores privados (consultores de empresas), e outras figuras do mundo laboral¹⁵⁸ que igualmente contribuem para representar os trabalhadores, fiscalizar o cumprimento de normas e resolver os conflitos colectivos ou individuais emergentes de contratos de trabalho¹⁵⁹. Estamos a falar de agentes com funções de

¹⁵⁴ Jean- Pierre BONAFÉ-SCHMITT, *apud*, João Pedroso, “Percursos da Informalização...”, *ob.cit.*, p. 102.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ “A Grivance Mediation é um programa voluntário e informal, uma vez que o mediador não efectua qualquer género de registo do processo de mediação, ficando unicamente registados os termos do acordo entre as partes”. Este procedimento pode ser mais célere e não envolver custas, João PEDROSO, “Percursos da Informalização...”, *ob.cit.*, p. 104.

¹⁵⁷ *Idem*, *ob.cit.*, p. 106.

¹⁵⁸ Representantes dos trabalhadores que, de acordo com os sindicatos, concretizam as reivindicações dos trabalhadores, assumindo muitas vezes o papel de mediadores de conflitos.

¹⁵⁹ Existe uma forte tradição na área do aconselhamento (do foro deontológico).

mediação e que assumem distintas denominações, como sejam as de “*delégues du personnel*”, os “*agents de maitrise*”, os “*Prud ‘hommes*” ou os “*Inspecteurs du travail*”¹⁶⁰.

Outro exemplo de relevo é a Grã-Bretanha cujo serviço de conciliação e arbitragem laboral funcionam gratuitamente desde o início do século XIX, (1896) tendo sido criado pelo governo inglês o “*Conciliation and Arbitration Service*” (CAS), com o intuito de solucionar conflitos entre empregador e trabalhador. Neste caso, tratando-se de um serviço gratuito, os mediadores prestam um serviço voluntário.

Na década de setenta, foram detectadas algumas dificuldades pelo facto de o serviço ser prestado por um departamento governamental. Assim, surge em 1975 o “*Employment Protection Act*” que criou um serviço administrativo independente do governo que se designou de “*Advisory Conciliation and Arbitration Service*” (ACAS) – e que consiste num serviço voluntário, imparcial, gratuito, confidencial, que compreende serviços de informação, aconselhamento, conciliação, Mediação e arbitragem.

Para conflitos mais complexos, é usual a utilização de um misto dos dois mecanismos (Mediação e arbitragem).

4.3. A Mediação Penal

No seguimento dos Sistemas de Mediação em Portugal, importa agora falar nas relações que se estabelecem e nas que se quebram ou se alteram em virtude da prática de um crime.

Com o intuito de tornar menos penoso, dispendioso e, mais célere o processo penal, criou-se em Portugal, à semelhança de outros países, um mecanismo extrajudicial de

¹⁶⁰ Os “*Delégues du personnel*”, são o resultado dos acordos de empresa e são considerados como representantes dos trabalhadores e de acordo com os sindicatos concretizam as reivindicações dos trabalhadores no local de trabalho, muitas vezes funcionam como verdadeiros mediadores. Os “*agents de maitrise*” são grupos de interlocutores apresentados pelos empregadores, com o objectivo de resolução de conflitos. Os “*Prud ‘Homme*”, são uma instituição antiga que funciona como a 1ª instância na resolução dos conflitos excepto os que resultem de acidentes de trabalho, doenças profissionais, e questões de segurança social. Por último, os “*inspecteurs du travail*”, apesar de também exercerem a mediação, em conflitos colectivos e/ou individuais, desempenham uma função fiscalizadora do cumprimento das normas.

resolução de conflitos para as situações de prática de determinados tipos legais de crime (artigo 14º da Lei n.º 21/2007)¹⁶¹.

De acordo com João PEDROSO, a Mediação Penal aparece como resposta a diversas imposições internacionais que se centram numa crescente atenção ao papel da vítima no processo penal¹⁶². Em consequência do que já vinha acontecendo um pouco por toda a Europa, elaboraram-se, em Portugal, a partir de 1994, vários projectos-piloto de resolução de conflitos penais, com o objectivo, em muitos deles, de aliviar o congestionamento judicial de criminalidade de baixo grau de gravidade, a chamada “criminalidade bagatelar”. Embora, desde o início deste século, que se prepara o campo da prevenção criminal em Portugal, através de mecanismos menos formais, só em 2007 foi expressamente introduzido no ordenamento jurídico português com a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, o Sistema de Mediação Penal (SMP), em cumprimento do disposto no artigo 10º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal¹⁶³.

A Mediação Penal em Portugal é, ainda, uma realidade relativamente recente, o que explica que as vítimas de crimes ainda não estejam suficientemente familiarizadas com este tipo de Mediação e com todas as possibilidades que ela carrega¹⁶⁴.

A Mediação Penal traduz-se numa aplicação prática de uma nova racionalidade penal e funciona como uma manifestação da designada justiça restaurativa entendida como qualquer prática operada fora do quadro judiciário sem a intervenção da figura do advogado ou do juiz¹⁶⁵.

Uma vez mais por iniciativa do Ministério da Justiça em colaboração com o GRAL, foi celebrado, em 21 de Dezembro de 2007, um Protocolo de Cooperação com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com vista a permitir uma verdadeira avaliação ao serviço de Mediação Penal enquanto projecto experimental.

Tal como já acontecera no âmbito da Mediação Familiar e da Mediação Laboral, o Sistema de Mediação Penal iniciou a sua actividade com carácter experimental e em

¹⁶¹ Excluem-se os crimes que envolvam menores de 16 anos, crimes de natureza sexual e ainda crimes que preencham os requisitos de processo sumário e sumaríssimo.

¹⁶² João PEDROSO, *ob.cit.*, p. 153.

¹⁶³ O artigo 10º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, determina que os Estados-Membros se devem esforçar por promover a Mediação no âmbito de processos de natureza criminal.

¹⁶⁴ Sónia REIS, *ob.cit.*

¹⁶⁵ João PEDROSO, *ob.cit.*, p. 207.

termos práticos em 2008 para avaliar as diferentes realidades sociais estava a operar nas Comarcas de Aveiro, Oliveira do Bairro, Porto e Seixal.

Posteriormente, através da Portaria nº 732/2009, de 8 de Julho foi expandida a área de funcionamento a outras Comarcas.

Será bom lembrar que da prática de um crime operado por um arguido, resulta um dano para um ofendido¹⁶⁶. Neste sentido, a reparação do dano não será relativamente ao direito civil, mas sim relativamente ao direito penal.

Uma das particularidades desta modalidade de Mediação é o facto de a vítima ser também o ofendido, ou seja, o titular dos bens jurídicos que a lei quis proteger com a criminalização de determinados comportamentos. Esta premissa revela a máxima importância da Mediação penal no contexto jurídico português, pois permite que a vítima tenha um espaço privilegiado de intervenção pessoal no processo. Esta participação directa dos visados consiste num dos princípios basilares da Mediação.

A Mediação, ao contrário da justiça repressiva, aspira a ser conciliadora e consensual, dando-se assim a oportunidade de restabelecer a relação entre o agente e a vítima.

Para que esta realidade se verifique será necessário que o crime em causa esteja dentro do âmbito material da Mediação, *i.e.*, que seja um dos crimes previstos e punidos com pena de prisão até 5 anos ou pena de multa para indivíduos com idade igual ou superior a 16 anos. Excluem-se, porém, da Mediação penal os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual e os casos cuja forma de processo em causa sejam as formas de processo sumário ou processo sumaríssimo¹⁶⁷.

De acordo com João PEDROSO “a Mediação Penal surgiu como resposta a diversas injunções internacionais no âmbito de uma crescente atenção ao papel da vítima no processo penal”¹⁶⁸.

A Mediação, como já referimos supra, pode ser aplicada em contextos não criminais, mas quando aplicado em contexto penal, restringe-se à relação entre agressor e vítima. Este é um dos aspectos mais importantes desta forma de Mediação, a participação activa dos principais intervenientes. Trata-se pois, e uma vez mais, de colocar as partes em

¹⁶⁶ Podem simultaneamente resultar vários danos em vários ofendidos. Os danos podem ser de diferente natureza e estes serão reparados em processo cível.

¹⁶⁷ Informação sobre o SMP disponível através da página electrónica <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/16>, - (acedido em 22 de Novembro de 2011).

¹⁶⁸ João PEDROSO, *ob.cit.*, p. 153.

confronto directo sob a supervisão do mediador, com o objectivo de estabelecer um diálogo equilibrado entre todos. Apesar do problema que opõe as partes, cabe à mediação, enquanto processo, permitir um espaço de coordenação e entendimento entre ambas. A tarefa do mediador penal, será, muito delicada, provocando entre ambas as partes um afastamento antes de as conseguir aproximar. Explicando melhor, primeiramente há que dar espaço às partes para que façam, à sua maneira, o relato da (s) situação (ões) que as colocou em conflito, uma de cada vez, e, posteriormente, com o auxílio do mediador vão-se aproximando e reflectindo sobre as suas razões e queixas, de modo a, consensualmente, estabelecerem o modo de ressarcimento dos danos sofridos pela vítima por parte do agente.

Partilhamos com João PEDROSO, a ideia de, que a mediação instituída no âmbito penal pode ser vista numa dupla perspectiva. Se por um lado, corresponde a uma técnica extrajudicial de resolução de conflitos, por outro lado, também corresponde a uma nova forma de pensar a justiça penal.

A razão pela qual só alguns crimes são objecto de Mediação é a menor dificuldade que a sua resolução apresenta relativamente a outro tipo de crimes, não só pela moldura penal das sanções presumivelmente aplicáveis, (crimes puníveis até cinco anos), como também pela natureza material dos mesmos (crimes de pequena gravidade). A mediação penal permite, pois, uma boa ajuda no escoamento de processos judiciais, evitando por vezes o seu arquivamento.

Neste sentido, a Dr.^a Sónia REIS¹⁶⁹ entende que a Mediação em processo penal pode ter lugar desde que exista um processo crime instaurado e que se encontre em fase de inquérito.

Por decisão conjunta, podem, o arguido e o ofendido, requer ao Ministério Público (M.P) a remessa do processo para mediação penal. O M.P, também pode promover a remessa do processo por iniciativa própria, mas neste caso tem de ter a aceitação do ofendido e do arguido. Depois de feita a remessa, é nomeado, o mediador através de uma aplicação informática.

¹⁶⁹ Em causa devem estar crimes que dependam de acusação particular ou crimes contra as pessoas ou contra o património cujo procedimento dependa de queixa. Cfr. Sónia REIS, “ A vítima na mediação penal em Portugal” *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I7IV, ano 70, 2010, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112725 (acedido em 2 -11-2011).

Se o ofendido e arguido estiverem de acordo, tem lugar a primeira sessão de Mediação, onde as partes são esclarecidas sobre todos os trâmites procedimentais da Mediação, bem como deveres e direitos subjacentes.

O apelo aos mecanismos informais de resolução de litígios constitui um paradigma de sucesso na reconstrução da paz social associada à boa relação de vizinhança, familiar, profissional ou outra. É uma nova perspectiva de realizar justiça transferindo a responsabilidade dos danos ao seu autor, e atribuindo garantias de satisfação ao lesado. O poder que as partes detêm para poder resolver por si, os pequenos crimes, considerando-os como meros conflitos, atribui-lhes autonomia de gestão na conquista de soluções, fazendo-as assumir as consequências legais dos seus actos de forma voluntária.

A garantia de satisfação da Mediação Penal resulta da quantidade de casos resolvidos por este mecanismo. Segundo dados disponíveis por inquéritos de satisfação dos mediados, revelam que mais de 80% dos mediados no âmbito da Mediação Penal disse ter ficado satisfeito ou muito satisfeito com o processo¹⁷⁰.

O SMP é gratuito independentemente do número de sessões. O tempo da Mediação não tem duração máxima de sessões e o processo deve estar resolvido em três meses, embora o mediador possa requerer ao MP a prorrogação desse prazo por mais dois meses quando exista forte probabilidade de se alcançar acordo.

Se for alcançado o acordo, este equivale a uma desistência da queixa do ofendido e à não oposição à desistência por parte do arguido. Depois da elaboração e assinatura do acordo, ele é submetido ao MP para homologação.

Se não houver acordo, o processo segue a via judicial. Mas se houver incumprimento do acordo alcançado no prazo fixado¹⁷¹, o ofendido pode renovar a queixa no prazo de um mês e o inquérito é reaberto.

De entre os vários crimes passíveis de serem submetidos à Mediação penal, a experiência do SMP demonstra que uma importante percentagem se reporta a crimes de ofensa à integridade física simples (artigo 143º CP).

Apesar de nos parecer que a Mediação penal assim descrita funciona na perfeição, o certo é, que nem todos os processos de Mediação terminaram de forma consensual e pacífica. Devemos ressaltar as situações que colocam em confronto directo a vítima e o agressor, num espaço acolhedor, apenas balizado por um elemento apaziguador, onde

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Não superior a 6 meses.

predominarão as emoções ao mais alto nível. Serão de certo momentos de grande tensão que exigem do mediador elevados conhecimentos técnicos, muita perícia e *know how*.

Não será um acordo de aceitação da Mediação que fará atenuar a emoção das partes num momento de “contar a história”. A capacidade e o engenho do mediador têm de ser o mais possível determinantes na orientação e coordenação do diálogo.

5. A Mediação nos Diferentes Modelos e Escolas

5.1. *Modelo Linear de Harvard:*

No campo da Mediação são três os principais modelos teóricos desenvolvidos nos Estados-Unidos, provenientes de três epistemologias diferentes: o modelo Linear de Harvard (modelo tradicional); o modelo transformativo de Bush e Folger; e o modelo circular- narrativo de Sara Cobb.

Segundo Pilar MUNUERA GÓMES, “el modelo tradicional: introducido por Harvard, se basa en la búsqueda de los intereses subyacentes, surgió desde el paradigma de la simplicidad, con una concepción estructuralista. Su meta es lograr acuerdos, disminuyendo las diferencias y aumentando las semejanzas, valores, intereses, etc...sin proponer cambios en las relaciones”¹⁷².

Desta feita, o *Modelo Linear de Harvard* é uma aplicação à Mediação, de conceitos desenvolvidos no âmbito de um projecto de investigação - *program of Negotiation* – pela Universidade de Harvard, e que levaram à alteração da forma de negociar. Se entendermos a Mediação como uma negociação assistida por um terceiro, alguns dos fundamentos da negociação mostram-se essenciais no treino das suas técnicas. Na opinião de Lisa PARKINSON, “esta via de resolução do problema está fortemente alicerçada em técnicas de negociação e de discussão”¹⁷³.

Na Mediação orientada para um acordo, como a proposta de Harvard, considera-se muito importante que as partes em conflito possam expressar pensamentos e sentimentos

¹⁷² Pilar Munuera GÓMEZ, - “El Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb y sus Técnicas”- Universidad Complutense de Madrid, Portularia Vol VII, n.º 1-2, 2007, disponível em http://eprints.ucm.es/5678/1/Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf - (acedido em 17, de Novembro de 2011).

¹⁷³ Lisa PARKINSON, Mediação Familiar..., *ob.cit.*, p. 40.

no início do processo, como forma de “libertação” ou “purificação”. Crê-se que, desta forma, se evitará que a carga emocional transportada pelas partes conflitantes possa prejudicar mais tarde o processo, nomeadamente na fase do acordo.

Sendo o objectivo deste Modelo conseguir alcançar resultados concretos e soluções práticas, pondo de lado os sentimentos que inicialmente foram expressos, na opinião de Lisa PARKINSON, este tipo de Mediação parece estar orientada mais para matérias civis e comerciais e já não para as familiares, onde a existência de um veículo relacional permanente ou, pelo menos, prolongado entre as partes é fundamental¹⁷⁴.

Ainda assim, a mesma autora tece algumas críticas a este Modelo, afirmando que “corre-se o risco de retirar poder a uma ou a ambas as partes em vez de lhes conferir poder, e o mediador pode ver-se confrontado com dilemas para resolver questões de se e como conferir poder à parte mais fraca”. No mesmo sentido, “também os mediadores que estão muito ansiosos por chegar a resultados correm, em exercer acção junto das partes para uma solução preferencial, em vez de tentarem construir um acordo mutuamente satisfatório com as duas partes”¹⁷⁵.

5.2. *Modelo Transformador:*

A Metodologia desenvolvida por Bush e Folger, por estes designada de *Mediação Transformativa*, “es de tipo relacional desde el paradigma de la complejidad, sin embargo algunas de sus técnicas son aplicaciones individualistas, aunque producen modificaciones en la relación. Se le considera el modelo intermedio entre los três propuestos, dado que recoge los preceptos de la comunicación humana a la vez que incorpora la circularidad. Su objetivo es modificar la relación entre las partes desde el empowerment, potenciando el protagonismo de las mismas. Se centra en la “transformación de las relaciones”¹⁷⁶. Esta técnica opõe-se ao modelo linear uma vez que o objectivo principal é modificar a relação entre as partes, independentemente de se alcançar ou não um acordo.

Aqueles autores, entendem, que esta técnica merece preferência em relação à de Harvard. Porém, na perspectiva de Lisa PARKINSON, as pessoas que procuram a

¹⁷⁴ *Idem*, p. 41.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Pilar Munuera GOMEZ, *ob cit.*, p. 86.

Mediação vão em busca de soluções à medida dos seus problemas, não porque estejam a precisar de ser “transformadas”¹⁷⁷. A este propósito, a mesma autora critica o modelo transformador, por considerar que este modelo parece não estar dirigido a um público-alvo. Será que o que se pretende é transformar as pessoas, o seu relacionamento, ou as maneiras de ver o próprio conflito? Quanto a nós, partilhamos o ponto de vista daquela autora quando escreve que «o termo “mediação transformativa” é infeliz, se implicar a noção de que os mediadores são milagreiros que transformam as pessoas ou os seus conflitos no decurso dum processo relativamente rápido». Como a mesma autora afirma, querer transformar pessoas pode transcender o limite ético da Mediação.

5.3. *Modelo Circular Narrativo:*

Também conhecido por *Modelo de SARA COBB*¹⁷⁸ “el cual está totalmente ibicado en los nuevos paradigmas, al apoyarse en las teorías posestructurales de la narrativa. Trata de cambiar la historia que cada parte ha elaborado y conseguir acuerdos en la medida de lo posible”¹⁷⁹.

Este modelo baseia-se na ideia de que os mediadores e as partes em conflito exercem uma influência recíproca através do diálogo. E para se conseguir atingir os objectivos desta técnica, é estimulada a reflexão, através da modificação dos significados dos factos ocorridos – mostra-se um outro lado das histórias com o intuito de poder facilitar o acordo. Esta alteração de significados é um trabalho árduo, e o mediador deve construir uma história alternativa que permita ver o problema por todas as partes de um outro ângulo.

O modelo circular - narrativo fomenta a reflexão, interessando-se nas relações das partes.

¹⁷⁷ Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar*, ob.cit., p. 44.

¹⁷⁸ Uma das responsáveis pela introdução deste modelo na Argentina

¹⁷⁹ Ideias e conceitos retirados de um trabalho escrito sob o tema “Mediação Modelos e Escolas” realizado por Mafalda Leal e não publicado, na Unidade Curricular de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, em Coimbra a 22 de Janeiro de 2010, no âmbito do Mestrado em Justiça Alternativa, que gentilmente nos cedeu.

II PARTE

A MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PORTUGAL

1. A Mediação Familiar

1.1. Conceito e evolução

A família¹⁸⁰, conforme se tem entendido, tem sofrido profundas transformações ao longo dos tempos. Deixou de existir um modelo sólido e hermético de família, assente de forma hierárquica num casamento indissolúvel, representado maioritariamente pela figura masculina e passaram a existir vários modelos de família que primam pela igualdade e liberdade dos cônjuges. Estas transformações têm surgido com alguma rapidez, de tal forma que alguns destes fenómenos ainda não foram verdadeiramente assimilados pela sociedade em geral.

Hoje em dia, poderemos de certo falar em famílias em vez de família. Cada vez mais a sociedade é fruto de transformações socioculturais que resultam no aparecimento de modelos alternativos ao modelo tradicional família¹⁸¹. A família representa a principal forma de organização pessoal de uma comunidade e desta organização fazem parte regras, afectos, respeito, liberdade, união, protecção e compreensão.

As inovações trazem, não só progresso como também instabilidade e confusão. Os ajustes (as diferenças) têm de ser sistematicamente negociados.

O papel do homem como chefe de família desaparece, dando lugar a várias pessoas que se relacionam afectivamente num mesmo espaço, de forma livre e solidária com um conjunto de objectivos comuns.

¹⁸⁰ Termo que deriva do Latim *famulus*, isto é, o escravo doméstico criado na antiga Roma para designar grupos sociais de população para servir um só chefe (nos trabalhos agrícolas). A família designava, assim, um conjunto de criados e escravos pertença de um só homem, estando associada á ideia de dependência hierárquica própria das relações que se criavam entre pessoas que comungavam o mesmo espaço, cfr. <http://aspicos.blogspot.com/2009/definicao-de-familia.html> (acedido em 22, de Novembro de 2011).

¹⁸¹ “ Os laços de sangue, e as função rígidas dos membros, já não são indicadores fundamentais da família. Famílias mono-parentais, homossexuais e a crescente quantidade de casais que optam por não ter filhos, dão conta de novas composições familiares”, Cfr. VEZZULLA, in Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p. 11.

No sentido de minimizar os conflitos e manter as relações familiares, surgiu a necessidade de recorrer aos mecanismos de resolução de conflitos, em particular à Mediação.

O conflito faz parte da vida social e familiar, pois advém das diferenças de ideias e interesses das pessoas. Caracterizada como dinâmica, a família, comporta na sua génese momentos de afecto e de disputa, avanços e recuos. A família, hoje em dia, é um conjunto de direitos e deveres que muitas vezes são violados, não cumpridos, ou mesmo confundidos, pelos seus membros.

O conflito familiar está muitas vezes camuflado e apenas se revela em momentos de grande tensão emocional. Não tem propriamente um momento que se defina como o início, mas sim vários momentos que depois de várias ameaças se vai acumulando e depois desperta como algo que não foi cuidado e resolvido em fase inicial. A luta pela igualdade de direitos, a busca da privacidade individual, a responsabilidade económica e parental traz às novas famílias os novos contornos de uma sociedade moderna e actual.

Consideramos a Mediação como o instrumento mais adequado para solucionar os conflitos resultantes das relações familiares, pelo facto de apelar ao diálogo de forma consensual e incentivar os interessados para o respeito mútuo. E ainda porque “*se flexibiliza de acordo com o conflito e os intervenientes deste*”¹⁸².

Muitas vezes a falta de comunicação adequada perturba o entendimento entre os membros da família, tal deve-se, em grande parte, à carga sentimental que reveste o conflito, o que pode originar uma ruptura relacional.

A solução jurídica passa por uma intervenção de especialistas na área da boa comunicação, do direito, e da psicologia.

É com base nos conhecimentos pedagógicos destes profissionais que a Mediação se destaca pelo mérito alcançado.

A proximidade da origem do conflito familiar com o local da sua resolução traduz uma inequívoca razão para a construção de novas relações que se pretendem preservar.

A Mediação Familiar pode entender-se como um mecanismo multidisciplinar de resolução de problemas familiares. Neste contexto, parece-nos oportuno enumerar algumas

¹⁸² Rossana Martingo CRUZ, *ob.cit.*, p. 174.

áreas mais problemáticas e susceptíveis de recurso à Mediação, a saber, a convivência familiar, a protecção de menores e os processos de separação e divórcio¹⁸³.

Segundo Lisa PARKINSON “a Mediação familiar é mais do que mediação de divórcio”¹⁸⁴

A primeira expressão da Mediação Familiar surge na Grã-Bretanha, onde o divórcio apresenta uma taxa bastante elevada¹⁸⁵, para depois se dissipar por vários países da Europa¹⁸⁶. A Mediação Familiar, apesar de recente, está em franca expansão.

Foram várias as iniciativas e movimentos que impulsionaram a Mediação em geral, entre elas destacamos algumas Directivas e Recomendações Internacionais¹⁸⁷, bem como a adesão à União Europeia.

Em 1993, surge o Instituto Português de Mediação Familiar (IPMF)¹⁸⁸, resultado da iniciativa de um conjunto de profissionais com formação em diferentes áreas, que trabalhavam na área do direito da família (v.g., técnicos de acessória aos tribunais de família) e que sentiram a necessidade de respostas diferentes e mais eficazes no âmbito dos divórcios e regulações do poder paternal. Um ano mais tarde, teve lugar o primeiro curso de formação de mediadores familiares, promovido por esta entidade (IPMF) em colaboração com o Centro de Estudos Judiciários (CEJ).

A Mediação familiar prima pela tentativa de desjudicialização das competências atribuídas aos tribunais judiciais. A atribuição de poderes para decretar divórcio por mútuo consentimento às Conservatórias de Registo Civil, através do D.L. n.º 163/95, de 13 de Julho, veio permitir mais um serviço público que garante um descongestionamento dos tribunais, cumprindo-se, assim, mais um dos objectivos da Mediação.

A 7 de Janeiro de 1997 foi criada a Associação Nacional para Mediação Familiar - (ANMF)¹⁸⁹, com os objectivos de dinamizar e promover a Mediação familiar em Portugal,

¹⁸³ Cfr. M. Paz GARCIA-LONGORIA SERRANO e, Antonia SÁNCHEZ URIOS, “*La Mediación Familiar Como Respuesta a los Conflictos Familiares*”, Universidad de Murcia, Portularia 4, 2004, p. 262.

¹⁸⁴ “Há muitos tipos de litígios que envolvem famílias, - por exemplo disputas entre pais e filhos, a adopção, cuidados dos idosos, as questões de herança, que não implicam soluções de separação ou divórcio”, Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*, p. 21.

¹⁸⁵ Cfr. Rossana Martingo CRUZ, *ob.cit.*, p. 66.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Como por exemplo da Recomendação R (98) -I, constituindo, aliás, o acto jurídico que mais directamente interveio na promoção da mediação familiar no continente europeu.

¹⁸⁸ Cfr. Ana Paula Trindade RODRIGUES, A Mediação Familiar em Portugal, disponível em www.gral.mj.pt/userfiles/A%20Mediacao, (acedido em 24, de Novembro de 2011).

¹⁸⁹ Constituído por um Presidente e corpos sociais, ao todo 11 pessoas, entre elas o Juiz Rui Barreiros, a Drª Conceição Lavadinho, a Drª Anabela Quintanilha, e o Dr. António Passos Soares.

assegurar e permitir a formação de mediadores familiares e definir um quadro normativo respeitante ao exercício dos profissionais de Mediação familiar.

Neste mesmo ano, em 16 de Maio, na constância do primeiro congresso sobre a matéria organizada pela ANMF, assinou-se um Protocolo entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça para criação em Lisboa de um Gabinete de Mediação Familiar (GMF) a título experimental. Dois anos mais tarde, em 2010, a sua actividade estava limitada às questões da regulação do poder paternal. Este serviço público de Mediação encontrava-se circunscrito à área de Lisboa e comarcas limítrofes, sendo os seus objectivos a conciliação e facilitação da negociação do conflito familiar em concreto e a desdramatização da ruptura familiar¹⁹⁰.

O referido Protocolo propõe-se criar um projecto de investigação-acção designado por “Mediação Familiar em Conflito Parental”, com o objectivo de divulgar a Mediação familiar, implementar um serviço público de Mediação Familiar e fomentar a co-parentalidade e a diminuição de risco para os filhos.

Apesar das várias tentativas, apenas com a nova lei do divórcio,¹⁹¹ foi possível esta realidade da regulação do poder paternal, ser alterada, transformando o paternal em parental, passando da ideia de pai para ambos os pais, transferindo assim «o poder» para a responsabilidade que os pais detêm sobre os filhos no exercício do mesmo¹⁹².

De qualquer forma, não podemos olvidar o carácter imperativo das normas do direito da família¹⁹³ que rege a vida dos casais, enquanto cônjuges.

Verificado o êxito, na procura dos serviços de Mediação familiar prestados pelo Gabinete, o Ministério da Justiça criou em 2000 a Direcção Geral da Administração Extrajudicial (GGAE), que assume a tutela do GMF e alarga a competência territorial da Mediação Familiar a nove comarcas limítrofes de Lisboa. O serviço é gratuito para os utentes e os mediadores, sem qualquer vínculo ao Estado, são pagos por sessão.

A preocupação do Estado radica da promoção e desenvolvimento destas matérias, sempre com a intenção de proteger o interesse da criança, da família enquanto instituição,

¹⁹⁰ João PEDROSO, *ob.cit.*, p. 71.

¹⁹¹ Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro – que altera o regime jurídico do divórcio, introduzindo a mediação familiar e procede a alterações no Código Civil, no Código Processo Civil, no Código de Registo Civil, no Código Penal e no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro.

¹⁹² Cfr. Rossana Martingo CRUZ, *ob.cit.*, nota de rodapé n.º 143, p. 68.

¹⁹³ “O Direito da família é direito institucional, um ramo do direito caracterizado por normas imperativas que os particulares não podem afastar”, Rossana Martingo CRUZ, *Mediação familiar...*, *ob.cit.*, p. 176.

bem como do casal que apesar de se encontrar em processo de separação, necessita de comunicar para mais facilmente negociar questões importantes.

A reforçar esta ideia, os acordos de Mediação Familiar, devem, segundo Rossana CRUZ¹⁹⁴, acautelar os interesses dos menores bem como os interesses dos cônjuges, como explicaremos melhor, mais adiante neste capítulo.

Segundo a Portaria nº 282/2010, de 25 de Maio, o Despacho, nº 18 778/ 2007, de 13 de Julho, do Secretário de Estado da Justiça, reestruturou o serviço público de Mediação Familiar no seu âmbito territorial e material promovido pelo Ministério da Justiça desde 1999, e reconfigurou-o ao criar o Sistema de Mediação Familiar (SMF), alargando o número de mediadores, modificando a remuneração dos mesmos e estipulando o pagamento de uma taxa de utilização por parte dos utentes.

O SMF entrou em funcionamento em 16 de Julho de 2007 e tem competência para mediar conflitos surgidos no âmbito das relações familiares (artigo 4º do Despacho n.º18 778/2007).

Os princípios orientadores do Sistema de Mediação Familiar estão consagrados legalmente em Despacho do Ministério da Justiça e o seu funcionamento é assegurado pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL).

Na actualidade o SMF está a funcionar em todo o território nacional.

Com a aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, a Mediação familiar recebeu um novo impulso ao estabelecer-se, por via do artigo 1774º do C.C , a obrigatoriedade de informação, por parte da Conservatória do Registo Civil ou o Tribunal, dos cônjuges sobre a Mediação Familiar e seus objectivos, antes de se iniciar o processo de divórcio¹⁹⁵. Segundo Rossana Cruz, “a Mediação Familiar também tem sido utilizada e bem sucedida nos casos de incumprimentos e alterações aos processos de regulação das responsabilidades parentais”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ “O Ministério Público controla as responsabilidades parentais. Enquanto representante dos menores, verificará se estão devidamente acautelados os interesses destes”, de acordo com o artigo 1778º do C.C, também os interesses dos cônjuges devem ser acautelados. Caso não sejam verificados estes pressupostos, a homologação dos acordos (pelas autoridades competentes) deverá ser recusada e o processo deverá ser remetido ao Tribunal. *Idem*, p.181.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 72.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 73.

1.1.1 O Compromisso das Partes

De acordo com João PEDROSO, há dois tipos de Mediação, a global e a parcial. À Mediação global correspondem todas as questões relacionadas com a separação ou divórcio. A Mediação parcial visa, sobretudo, estabelecer o entendimento entre os pais sobre as condições de vida dos filhos. Está patente a ideia de parentalidade partilhada.

Como já havíamos referido antes, existem outras matérias do direito da família que podem ser resolvidas na Mediação Familiar para além do divórcio ou a guarda e tutela dos filhos menores¹⁹⁷. Contudo, são os divórcios que monopolizam este sector de actividade extrajudicial. Também foi o aparecimento de um elevado número de processos de divórcio que esteve na génese da criação destes mecanismos, daí que se compreenda que ainda hoje, sejam os divórcios a ocupar o maior volume de trabalho na área familiar.

A Mediação surge então, como a solução para obtenção duma separação ou um divórcio que um ou ambos entendem ser necessário. Considera-se um processo que exige grande entrega, predisposição e motivação dos mediados, para que se realize o verdadeiro escopo da Mediação e se considere o mecanismo apropriado à resolução do problema, também exige grande cautela e experiência dos mediadores no sentido de não tornar o conflito ainda mais penoso. Apesar de tudo, terão de ser os mediados, cônjuges, a recorrer à Mediação de forma voluntária, por aconselhamento de um profissional do Registo Civil, ou na pendência de um processo judicial¹⁹⁸.

1.1.1 A Separação, o Divórcio e os Filhos

O divórcio é considerado o acontecimento traumático número dois da vida humana.

Não poderemos deixar de salientar que os mediados se encontram numa explosão de sentimentos, e que normalmente a decisão de recorrer ao sistema de Mediação, não é, com o propósito de conseguir uma reconciliação, pois essa fase já foi anteriormente tentada.

¹⁹⁷ Ideia mais desenvolvida em Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar...*, ob.cit., p. 21.

¹⁹⁸ Por força da disposição legal, cfr. Artigo n.º 279º-A do CPC, que deriva da introdução da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, no ordenamento jurídico português, que veio reforçar e concretizar processualmente a Mediação.

Muitos dos casais que recorrem à Mediação Familiar estão pouco ou nada esclarecidos sobre o processo de divórcio e funções pós-divórcio bem como de todas as responsabilidades a ele inerentes. “A Mediação Familiar proporciona um fórum em que os pais podem discutir os sentimentos e necessidades dos filhos duma maneira construtiva e planear soluções de paternidade”¹⁹⁹

Tal como acontece na Mediação em geral, também na Mediação Familiar os participantes têm necessidade de perceber e aceitar os termos e as condições em que esta se realiza, antes mesmo de iniciar o processo. Os princípios e objectivos da Mediação têm de ser respeitados e cumpridos quer pelos mediados quer pelo mediador. A Mediação aposta na capacidade de autocomposição de litígios dos mediados, auxiliados por técnicos especializados em diversas áreas, na disposição de colaborarem imparcialmente na conquista satisfatória de uma solução. Em regra, a especialização dos mediadores de família baseia-se nos ramos das ciências jurídicas e humanas.

Os conflitos familiares assumem algumas particularidades que se distanciam da Mediação em geral, por reunirem algumas especificidades contudo, comungam do objectivo principal e partilham as mesmas directrizes de regulação e funcionamento. Neste contexto, é avaliado o momento presente e valorizado o momento futuro. Mais importante que a separação ou o divórcio que está em discussão é o comportamento e as responsabilidades que os cônjuges vão assumir dali em diante, quando a separação ou o divórcio já não constituírem motivo de disputa ou discórdia.

A relação entre pais separados e filhos, vai exigir uma delicada sensibilidade de afectos acompanhada de uma especial atenção relativamente às reacções que estes vão manifestar após a realização do processo de Mediação. Os pais nem sempre dão conta da panfarnália de situações que diariamente preocupam e inquietam os filhos, daí que muitas vezes as sessões de Mediação sirvam para levantar questões consideradas importantes para a continuidade da relação transformada entre pais e filhos.

A participação dos filhos menores, nas sessões de Mediação deve ser, não só permitida pelo mediador, como autorizada pelos pais e acima de tudo consentida por vontade própria. O mediador, uma vez mais tem uma tarefa importante no sentido de discutir com os pais potenciais vantagens e desvantagens do ponto de vista da criança.

¹⁹⁹ Lisa PARKINSON, *Mediação familiar...*, ob.cit., p. 157.

1.2. Características

De uma forma geral, as partes que tenham um litígio, familiar podem voluntariamente, e em qualquer momento, submeter o litígio à Mediação. No que se refere à Mediação Familiar, o processo é idêntico, sendo que também o juiz pode, a requerimento das partes, ou com o seu consentimento, oficiosamente determinar a intervenção da Mediação designadamente nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais,²⁰⁰ (artigo n.º 147- D do Decreto - Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, que aprova a Organização Tutelar de Menores (OTM)).

A maioria das mediações Familiares referem-se a situações de regulação de responsabilidades parentais, (incluindo a protecção dos menores), convivências familiares e processos de separação e divórcio²⁰¹.

Trata-se, de um processo de carácter voluntário, que apenas depende da vontade e/ou consentimento das partes em litígio relativamente económico, pois implica apenas o pagamento de € 50,00 (cinquenta euros) por cada uma das partes²⁰².

Fundamental na Mediação, é a confidencialidade dos factos relatados nas sessões, não podendo os mesmos ser usados publicamente nem como prova testemunhal, no caso de o processo se frustrar e seguir via judicial. No fundo, está em causa a preservação da intimidade e da confiança das pessoas envolvidas em litígio. Este vínculo garante a sinceridade e a franqueza nas declarações de foro íntimo e privado prestado pelas partes, não só relativamente às partes, mas também por parte do mediador.

Às partes é atribuída a autonomia suficiente para desenvolver todos os meios possíveis ao encontro de soluções. Estas, por vontade própria podem escolher o mediador, o momento e o lugar das sessões de Mediação, bem como os assuntos a debater.

A Mediação familiar apesar de complexa, tem uma duração média de 3 a 4 sessões, o equivalente a menos de dois meses, consoante a predisposição das partes para facilitar a comunicação, para atingir equilíbrio relativamente às pretensões, etc. A celeridade deste processo está directamente dependente da capacidade de harmonização de certos factores.

²⁰⁰ Actuais responsabilidades parentais, desde a Lei n.º 61/2008.

²⁰¹ M. Paz GARCÍA – LONGORIA SERRANO, *ob. cit.*..., p. 262.

²⁰² Excepto nos casos em que o processo é remetido para mediação pelo juiz em caso de regulação de responsabilidades parentais ao abrigo do regime da organização tutelar de Menores, em que a utilização do SMF é gratuita.

Outro factor a considerar é a sua eficácia, demonstrada pelos números, já que mais de 60% dos casos que seguem para Mediação são resolvidos por acordo²⁰³.

A Mediação traduz uma oportunidade do casal separado reorganizar as suas relações parentais de forma pacífica.

Não está em causa a identificação de um culpado pelo terminar de um casamento pois em relações conjugais tal seria impossível, mas sim promover a responsabilização dos ex.- cônjuges na tomada das suas decisões.

Pretende-se, acima de tudo, evitar a escalada do conflito familiar que nem sempre se extingue com o alcance do acordo.

“La mediación tiene un menor desgaste emocional que otras formas de resolución de conflictos, ya que está basado no en una confrontación y en una profundización de las emociones negativas, de las agresiones sino que trata de centrarse en los contenidos de la negociación y no en las emociones o conflictos de relación”²⁰⁴. Partilhamos da mesma opinião, já que consideramos que, acima de tudo, deve resolver-se a questão principal depois de anuladas todas as questões secundárias ou todos os elementos que possam de alguma forma impedir a negociação das ideias e interesses das partes. As emoções relacionais ficarão para segundo plano. O objectivo não é a confrontação pessoal de emoções antagónicas, mas sim, uma confrontação de ideias e de palavras no sentido prático de alcançar soluções.

A Mediação está ao serviço da harmonia, da justiça, e da pacificação social. Funciona como uma forma mais breve e simplista de resolver pequenos conflitos que pela sua natureza exigem uma forma de tratamento especial e adequada. Como já antes referimos, não se pode esquecer o carácter imperativo das normas do direito da família, não podendo ser afastadas pelos particulares.

A voluntariedade das partes determina a aceitação da solução encontrada, faculta o entendimento e a celebração de um acordo escrito. Um contrato de compromisso das vontades expressas.

O acordo familiar celebrado pelas partes deve revestir forma clara, simples e directa. Os seus conteúdos devem traduzir clareza e simplicidade. “Quanto mais claro estiver para os mediados o conteúdo do acordo, mais estes se vincularão ao cumprimento

²⁰³ Segundo os dados fornecidos pelo GRAL [http:// www.gral.mj.pt/userfiles/estatistica_MP.pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/estatistica_MP.pdf) (acedido em 16-10-2011).

²⁰⁴ M. Paz GARCÍA- LONGORIA SERRANO, *ob.cit.*, p. 263.

deste²⁰⁵”. “Deverá ainda conter as consequências em caso de incumprimento futuro de alguma das cláusulas”²⁰⁶.

A Mediação familiar exige, muitas vezes que as partes, recorram a este mecanismo como forma justa de estabelecer juridicamente as condições de respeito mútuo enquanto casal separado ou divorciado, de forma a manterem comumente a responsabilidade na educação e visitas dos filhos. Os motivos e razões do recurso à Mediação, podem, assim, ser de várias ordens. Não tem necessariamente que ser um conflito eminente e presente. Apesar do corte relacional das partes enquanto casal, não representa um destruir de uma família. Há aspectos da vida comum que vão permanecer ao longo dos tempos, e que apenas, necessitam de ser transformados para futuramente serem adaptados à nova realidade. A posição de descendente é inatingível, no segmento família.

“A especificidade da Mediação situa-se no facto de não atender a direitos, mas fundamentalmente a necessidades”²⁰⁷.

1.3. Regime Jurídico

Perante a criação de novos caminhos para a resolução de conflitos, que emergiram sobretudo nos EUA, a União Europeia não se pode alhear de contemplar estas novas realidades.

Assim, surgiu o desejo e a necessidade de implementar um quadro normativo que regulasse as novas formas de resolução de conflitos, e, em particular a Mediação.

Com efeito, a União Europeia assumindo o compromisso de fomentar nos vários Estados Membros a necessidade de desenvolverem estes novos meios de resolução de litígios, em 2002 através da Comissão emanou o chamado Livro Verde²⁰⁸ sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial na União Europeia. Este Livro fez o ponto da situação neste domínio e direccionou os Estados-Membros no sentido de implementarem medidas necessárias à promoção do recurso à Mediação.

²⁰⁵ Rossana Martingo CRUZ, *ob.cit.*, p.165.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Idem*, p.174.

²⁰⁸ COM (2002) 196.

Posteriormente, em 2004 surge uma proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspectos da Mediação civil e comercial, a qual apenas se viria a tornar definitiva em 2008, através da Directiva 2008/52/CE.

A citada Directiva visou sobretudo colmatar a ausência de normativos legais que servissem a implementação dos novos meios de resolução de litígios, e em especial a mediação, bem como, alargar o acesso da justiça a outros meios de resolução de litígios para além dos tribunais.

Tal como podemos verificar pelo considerando 1º da Directiva esta dirige-se para a promoção do acesso à resolução alternativa de litígios e à mediação. E ainda expressamente do n.º 1 do artigo 1º “o objectivo da presente directiva consiste em facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e em promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”.

No entanto, existia a consciência plena que estes objectivos só seriam possíveis se existisse um quadro normativo que transmitisse credibilidade e confiança a quem poderá necessitar de recorrer a meios de resolução de litígios extrajudiciais..

Ora, a Directiva 2008/52/CE, relativa à Mediação em matéria civil e comercial foi transposta para o ordenamento jurídico português, através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que aprovou o Regime Jurídico do Processo de Inventário e altera o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Registo Predial e o Código do Registo Civil, no cumprimento das medidas de descongestionamento dos tribunais previstas na Resolução de Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 6 de Novembro, o Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, procede à transposição da Directiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 Março, e altera o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro.

Verificamos assim que o legislador nacional optou por incorporar os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, nomeadamente a Mediação, directamente no Código de Processo Civil, aditando quatro novos artigos, concretamente os artigos 249º -A, 249º -B, 249º -C e 279º -A.

Perante esta situação, comungamos a opinião de Cátia Cebola, que entende que esta não terá sido a melhor técnica jurídica, dado que esta matéria dos MARC deveria merecer um tratamento especial atendendo à especificidade e autonomia própria. Pois se a preocupação do Estado Português era dar um tratamento legal aos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, tornando-os num diploma legal segundo o qual

podem versar as orientações genéricas de aplicação de regras base, porque não transformá-lo num diploma autónomo e esclarecedor relativamente aos objectivos propostos?

Por outro lado, também o facto de o enquadramento legal dos MARC, se ter operado em simultâneo com outras alterações legislativas, provocou uma perda de interesse relativamente a estes, considerados, assim, de menor importância, quando na realidade se apresentam como forma complementar aos meios judiciais e não substitutiva.

A Directiva 2008/52/CE refere, no seu artigo 2.º que em relação a estas matérias a mediação deve ser apenas aplicada no âmbito de litígios internos, não proibindo, contudo, que os Estados aproveitem a oportunidade para expandir a nível transfronteiriço.

Caberá, assim, a cada Estado tirar o melhor proveito desta Directiva e adequar a política legislativa às suas necessidades particulares. No entanto, parece-nos que esta faculdade trazida pela Directiva, vem permitir que cada Estado crie a sua legislação. Este facto poderá comprometer a uniformização e universalidade legal inerente ao estatuto dos MARC. Assim, de Estado para Estado podemos estar então sujeitos a uma pretensa legislação comum mas com diferentes termos de aplicação. Com efeito, esta diversidade, poderá transmitir alguma falta de coerência e fragilidade quanto à prossecução dos objectivos e finalidades a atingir com a implementação dos MARC. Consideramos, assim, que a complementar a referida Directiva deveria existir um diploma legal uniforme dedicado exclusivamente aos MARC, estabelecendo desde logo a sua definição legal para todo e qualquer Estado que seja visado pela sua criação, as suas normas de funcionamento e âmbito de aplicação, bem como impedimentos, características, e imposições.

Apesar de já quase ter passado uma década sobre o nascimento desta Directiva tão importante em termos de regulação judicial no espaço comum europeu, a verdade é, que continuamos a assistir a muita confusão terminológica e a uma ausência de instrumentos de divulgação e informação aos que pretendem recorrer aos MARC. Esta recomendação serviu até aos nossos dias, como a directriz que orienta a promoção e a divulgação da Mediação Familiar no espaço nacional, comunitário e internacional. Aqui estão as linhas mestras de orientação relativamente à criação de organismos públicos responsáveis pela prossecução e promoção da actividade da Mediação, os princípios a respeitar, as razões da sua urgência e aplicabilidade, bem como algumas das regras de actuação dos mediadores.

A partir desta recomendação, os Estados-Membros têm liberdade de actuação no sentido da divulgação expansiva da Mediação Familiar, sob as mais variadas formas, quer seja através de programas de informação, conferências, ou outras. O importante é que cada

vez mais, seja facultada ao público em geral, informação detalhada que permita uma fácil compreensão sobre esta forma amigável de resolução de litígios²⁰⁹.

1.3.1 Os Actores da Mediação Familiar

Neste sentido, e ainda na última década do século passado o Conselho da Europa adoptou, uma Recomendação²¹⁰ sobre Mediação Familiar, a qual pretendia regular a Mediação como meio apropriado de resolução deste tipo de litígios.

Com base no número crescente de litígios familiares, em particular os que resultam da separação ou do divórcio²¹¹, nas consequências práticas que estes implicam para as famílias destruturadas, nos custos processuais, nas novas formas de vida que daí resultam, o Comité de Ministros do Conselho da Europa, recomenda aos Estados-Membros que instituem, promovam ou reforcem a Mediação Familiar²¹², sendo que para isso, tomem as devidas diligências com o propósito de promover a utilização deste mecanismo como meio de garantia dos plenos interesses e direitos da família.

A predita Recomendação deixa ao critério dos Estados-Membros a forma de implementação e regulação da Mediação, deixa também ao livre arbítrio o critério de selecção das matérias sujeitas a Mediação. No entanto, “exige” que seja dada total garantia e protecção aos superiores interesses das crianças, vítimas dos processos de separação e divórcio.

Na base da criação desta recomendação está o reconhecimento quer do número de litígios em matéria familiar, quer da sua natureza, e acima de tudo, o reconhecimento dado pelo Conselho Europeu ao problema social que afecta os cidadãos aquém e além-fronteiras.

A Mediação Familiar pelo seu carácter particular permite resolver de modo rápido questões de direito sob uma forma simplificada e económica. Considera-se um dos meios mais eficazes de resolução de conflitos no âmbito do direito da família. Falamos essencialmente de conflitos relacionados com a separação, divórcio, ou partilha conjunta

²⁰⁹ Cfr. Ponto VI. a), da Recomendação n.º R (98) I, de 21 de Janeiro de 1998

²¹⁰ Recomendação n.º R (98) I, de 21 de Janeiro, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa a Mediação Familiar, disponível em <http://www.google.pt>, (acedido em 14 de Janeiro de 2012).

²¹¹ Recomendação n.º R (98) I, ponto 2.

²¹² Cfr. Ponto 11. I, da Recomendação n.º R (98) I, de 21 de Janeiro de 1998.

de responsabilidades parentais. É um processo caracterizado pela autonomia e vontade dos participantes, respeitando os princípios inerentes ao processo e ao direito. As partes representam o conflito pessoal e social, o mediador por sua vez representa um conjunto de saberes e oportunidades de solução para o conflito das partes, e o processo usado representa o instrumento mais fiável à prossecução da Mediação.

As partes terão de confiar plenamente na actuação do mediador para dirimir o problema que as contrapõe, no entanto o mediador, considerado como um técnico formado e especializado em várias áreas do saber, reúne as condições necessárias para de forma imparcial e independente auxiliar as partes na busca de um acordo que as satisfaça mutuamente. A Mediação prima pelo critério “ganha-ganha”.

A este propósito, cabe-nos referir que o mediador tem um papel fundamental no exercício das suas funções enquanto terceiro neutro que verifica o estado de emoções das partes, orientando-as para uma tentativa de diálogo construtivo.

As técnicas de comunicação usadas pelo mediador permitem quebrar as posições que as partes integravam, em detrimento dos interesses que defendem.

O mediador não presta serviço de assessoria jurídica, não aconselha, nem impõe soluções. A sua tarefa é no sentido de eliminar a contenciosidade e fomentar o respeito mútuo entre as partes.

Por sua vez, as partes têm de estar completamente informadas sobre o mecanismo que escolheram. E estar dispostas a trabalhar em cooperação, assumindo absoluta responsabilidade no processo.

Na Mediação Familiar, as questões em discussão são de âmbito íntimo e muito particular.

A ruptura dos deveres conjugais e a falta de compromisso do casal nas responsabilidades parentais são a maior preocupação manifestada ao nível dos conflitos resolvidos pela Mediação Familiar.

1.3.2 O valor jurídico dos acordos em Mediação Familiar

A Recomendação R (98) I, além do que já enunciámos, também regula a forma como deve ser conduzido o processo de Mediação relativamente aos mediadores e aos

acordos alcançados pelos mediados. Para melhor respeitarem o estatuído na Recomendação, os Estados devem optar por transpor para o ordenamento jurídico interno a legislação por forma a fazer cumprir cabalmente os requisitos da Recomendação. Os códigos de conduta são um verdadeiro exemplo de reacção à recomendação, estes vinculam a actuação do mediador em conformidade com o espectável de um profissional de comunicação e de técnicas de relacionamento humano.

Relativamente ao estatuto dos acordos de Mediação, entende-se que deve haver uma relação de intercâmbio entre os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos e o sistema judicial. Explicando melhor, a enunciada recomendação sobre Mediação Familiar propugna pela criação de mecanismos que facilitem a aprovação de acordos de Mediação e lhes confirmem executoriedade²¹³. Esta validação pode ser feita judicialmente ou por qualquer outra entidade competente. Este poderá ser um excelente exemplo da harmonia, que deve existir entre a jurisdição e a Mediação²¹⁴.

Os acordos de Mediação Familiar quando homologados têm o valor de sentença judicial, e podem ser declarados executórios, neste sentido aponta a Directiva 2008/52/CE relativa a certos aspectos da Mediação em matéria civil e comercial²¹⁵.

Por outro lado, os acordos que não forem aprovados por uma autoridade podem, ainda assim, valer interpartes. Assumem carácter de contrato²¹⁶, e como um contrato devem obedecer aos mesmos princípios e limites, e passam a ter eficácia obrigacional. Apesar de prevalecer o princípio da autonomia das partes, os acordos devem ser regidos pelos critérios da legalidade e da equidade. Ainda neste sentido, e tratando-se de direitos e deveres familiares indisponíveis, a sua validação legal dependerá de homologação por autoridades competentes.

Pelo processo de desjudicialização permitiu-se que algumas autoridades fossem competentes para aconselhar os casais ao recurso à Mediação²¹⁷. No contexto da separação ou divórcio por mútuo consentimento, e de acordo com o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13

²¹³ Cfr. Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*, p. 168.

²¹⁴ Cfr. J. O. Cardona FERREIRA, em nota de rodapé n.º 401, *apud* Rossana CRUZ, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*, p. 171.

²¹⁵ No ponto 19 esta Directiva estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que estes acordos possam ser declarados executórios podendo somente recusar essa executoriedade quando o teor do acordo colidir com o direito interno ou com o direito internacional privado

²¹⁶ De acordo com artigo 405.º do C.C., reveste forma de negócio jurídico atípico.

²¹⁷ De acordo com o n.º 3, do artigo 14º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, cabe ao conservador do registo civil, informar os cônjuges sobre a existência de serviços de Mediação familiar.

de Outubro, a homologação dos acordos previstos no artigo 1775.º do C.C. é da exclusiva competência da Conservatória do registo Civil.

Em Portugal, com a Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, e a introdução do artigo 279º-A no CPC²¹⁸, permitiu-se o reforço e a concretização processual da Mediação.

Na Mediação Familiar, estão em causa matérias, que dada a sua importância, necessitam de uma aferição para que o seu objecto não se corrompa e não se desvirtue a sua finalidade²¹⁹.

Os mediados são livres de estabelecer um acordo que os satisfaça, independentemente do valor ou importância que possam ter as questões por ambos suscitadas. Os acordos podem conter várias questões juridicamente não relevantes, contudo, podem ser questões de extrema importância para determinada família em determinado contexto ou situação. Aos mediados é permitido elaborar acordos para além das exigências legais²²⁰, esta faculdade permite ir ao encontro das suas reais necessidades. Completamente diferente da imposição estabelecida no sistema judicial. Podem inclusivé, elaborar acordos relativos a determinadas matérias sobre as quais nem o juiz ou conservador terão de se pronunciar²²¹, falamos de acordos que têm valor interpartes e assumem função de contrato.

Acima de tudo pretende-se que os conflitos derivados do processo de separação ou divórcio culminem num acordo que respeite, para além dos interesses pessoais dos cônjuges, também o superior interesse dos filhos.

Cabe-nos concluir a este respeito, que os acordos de Mediação Familiar atendendo à natureza do direito em causa, não podem conter questões contrárias à lei, à boa-fé ou à ordem pública. A este respeito, em nosso entendimento, cabe ao mediador uma tarefa importante, no sentido de evitar que os mediados construam acordos que não possam vir a ser homologados, ou que por sua vez violem os limites legais dos mesmos. Também deve o mediador zelar para que os mediados optem por um padrão de conduta baseado na honestidade e na lealdade. Como já tivemos oportunidade de referir supra, o direito da família e um ramo do direito caracterizado pela imperatividade normativa. O que não admite desde logo ser afastado por vontade das partes.

²¹⁸ Artigo n.º 279º-A, do CPC, (*Mediação e suspensão da instância*) permite a remessa do processo para mediação sempre que o juiz entender conveniente, independentemente do estado da causa.

²¹⁹ *Idem*, p. 179.

²²⁰ Matérias que extravasam o exigido no artigo 1775.º do C.C.

²²¹ Estas autoridades apenas apreciam os aspectos formais e materiais do acordo.

Reportemo-nos agora, às consequências relativas ao incumprimento dos acordos de mediação, assim, entendemos que os acordos que revestem carácter de sentença (os constantes do artigo 1775.º do C.C), se desrespeitarem os limites legais, serão remetidos pelo conservador para o tribunal judicial. Se atendermos aos acordos que valem como contrato, em situação equiparada, consideram-se nulos, não vinculam as partes ao seu cumprimento e não produzem qualquer efeito jurídico.²²²

2. Projecção de Futuro

Em nosso entender, a Mediação, tal como a vemos integrada nos MARC, corresponde a um caminho traçado em fase de aceitação e creditação.

Será, portanto, um longo e vasto percurso cheio de avanços e recuos, característicos de uma sociedade em constante mutação.

Ao Estado caberá a responsabilidade de divulgação e instrumentalização destes mecanismos extrajudiciais como forma de garantir uma outra visão da justiça. O incentivo ao recurso dos meios extrajudiciais será em breve uma constante necessidade, atendendo ao grau de dificuldade na manutenção das relações humanas e sociais. Por outro lado, o elevado número de casos resolvidos com sucesso revela o interesse e a magnitude que a Mediação possui na resolução dos mais variados conflitos.

É, pois, por isso, imprescindível que se tracem juridicamente os verdadeiros caminhos da justiça quer seja ao nível dos conhecimentos, quer seja ao nível das infra-estruturas. Os mecanismos extrajudiciais merecem a confiança nos técnicos profissionais, nos critérios adoptados e nos programas desenvolvidos pois como tivemos oportunidade de referir neste trabalho, cada vez mais se manifesta uma urgente necessidade de desjudicialização de matérias que podem de todo aliviar a justiça tradicional²²³. O acompanhamento da Mediação por profissionais activos e dinâmicos permitirá a

²²² No mesmo sentido, Rossana Martingo CRUZ, *Mediação Familiar... ob.cit.*, p. 191.

²²³ “A Mediação não deveria representar uma alternativa ou uma via extra-judicial mas um complemento”, Angela LOPEZ, *Mediation in Action*, MEDIARCOM, Minerva Coimbra, 2009, p. 107.

confidencialidade de forma a conquistar a confiança necessária ao cidadão comum que se defronta com um litígio para o qual não se sente capaz de resolver. Só estas práticas especializadas aplicadas em concreto, traduzem o verdadeiro (des)empenho destes profissionais a nível material e formal.

Já muito se tem feito, se atendermos ao facto de esta realidade não ter mais que uma década. São muitas as recomendações, as informações, as inovações, as questões, e também as contestações. É a pensar na projecção a nível europeu que espectamos que a Mediação venha a ser usada em Portugal, como primeira opção, na resolução de conflitos em matérias que podem ser resolvidas pelos próprios interessados, sem contudo, inviabilizar o recurso à via judicial. Não se pretende, banalizar a Mediação carreando todo o tipo de matérias mas sim, as que juridicamente exijam algum grau de afectividade e flexibilidade. Esta é uma das particularidades que premeia a Mediação.

As Conferências e Colóquios nacionais e internacionais que têm vindo a ser realizados, muito têm contribuído para o aperfeiçoamento da Mediação, propondo emendas, ajustes e correcções no sentido de uma melhor aplicação das normas criadas em prol de uma boa administração da justiça.

Questionamos a probabilidade de estes mecanismos poderem vir a ser usados como instrumento apaziguador de angústias, mágoas e rancores, ao nível do controle emocional, transformando, de forma natural um conflito em várias opções de solução. Reportamo-nos directamente à Mediação Familiar, e aqui, surgem várias questões, nomeadamente no que respeita às relações entre cônjuges e os filhos, ou relações entre filhos e pais idosos, ou ainda relativamente a herdeiros. Lembramos o facto da Mediação Familiar ser algo mais para além da “mediação de divórcios”, pois várias matérias relacionadas com a família cabem neste âmbito.

A sociedade de hoje deveria estar mais consciente das técnicas de Mediação, e do que com elas se pode obter. A divulgação destas técnicas é fundamental, e talvez as escolas fossem um lugar privilegiado para dinamizar e fomentar este desenvolvimento. Certas áreas curriculares podem abrir espaço a uma abordagem à não violência doméstica, por exemplo, e associado vem o tema de como resolver e denunciar situações de rupturas familiares.

A possibilidade de publicitar os Mecanismos de Resolução de Litígios, em novos locais, como por exemplo, farmácias, postos de saúde pública, e hospitais. Questões relacionadas com o bem estar da família estão cada vez mais associadas a terceiros, *i.e.*, as

relações do quotidiano estão ciclicamente a gerar conflitos de vária ordem. Os conflitos mais empedernidos são os que geram frustrações e recalcamientos. As emoções criam revoltas e angústias, capazes de transformar uma relação para sempre.

A grande aposta deve continuar a ser a formação técnica e profissional dos mediadores de forma contínua e frequente. O segredo do sucesso das sessões de Mediação passará pelo vasto currículo dos mediadores em termos de aprendizagem e participação em actividades conexas. O n.º do artigo da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, dá a oportunidade de os mediadores terem formação académica (licenciatura) em várias áreas. Daí que, a Mediação, de ora em diante, possa ser muito mais valorada no que diz respeito aos especialistas que orientam e auxiliam as partes conflitantes. Os conhecimentos adquiridos pelos mediadores em várias vertentes da vida social, educativa, familiar, política ou religiosa, trarão às partes confiança e dignidade de forma a transmitir proximidade e afectividade com o conflito e com os mediados.

Cada vez mais se vai exigir compreensão e dedicação dos mediadores na resolução dos conflitos, sem contudo alterar o propósito da sua tarefa e o cumprimento dos seus deveres éticos e deontológicos. A sociedade vai caminhando para o descrédito global da Justiça Judicial, e para a Justiça Extrajudicial evoluir, há que marcar a diferença pelos créditos e mais valias que a caracterizam.

A voluntariedade, a proximidade e a confidencialidade, associadas ao custo reduzido e à celeridade procedimental, fazem dos MARC, uma grande aposta de futuro, capaz de apaziguar os ânimos dos mais desfavorecidos de esperar os que acreditam na mudança.

Relativamente à Mediação Familiar, cabe-nos desejar que se mantenham em franca expansão e actividade os programas de desenvolvimento relacionados com as matérias do direito da família. Que cada vez mais surjam profissionais idóneos, capazes de auxiliar os cidadãos em disputa, transtornados pelo azedume e pela dificuldade de diálogo.

Na impossibilidade de evitar conflitos, pois estes “são uma força natural necessária para crescer e mudar. A vida sem conflitos seria estática”²²⁴. Contudo poderemos de certo conseguir formas céleres e económicas de os resolver.

²²⁴ Lisa PARKINSON, *Mediação Familiar...*, *ob.cit.*, p. 15.

CONCLUSÃO

A Mediação Familiar no Sistema Jurídico Português, foi o tema por nós escolhido para fazer uma abordagem sobre os conteúdos relacionados com esta temática. Apesar de ter sido de forma breve e ligeira, ficou a certeza de que muito mais haverá para dizer e fazer no campo da Resolução Extrajudicial de Conflitos.

As mudanças operadas na Justiça Portuguesa foram importantes na criação e desenvolvimento destes mecanismos embora seja inesgotável o trabalho que se antevê daqui em diante. Apostando numa nova forma de visualizar respostas e criar soluções rápidas e eficazes, a Mediação em particular segue o caminho da glória.

Certos de que a opção tomada pela Comissão Europeia e pelo Conselho no sentido de alargar os horizontes da justiça a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos foi a pedra de toque essencial para fazer face à instabilidade judiciária que se viveu nas últimas décadas do século passado.

A nova relação entre o judicial e o não judicial na administração da justiça foi uma das grandes preocupações comunitárias. O pluralismo jurídico e a pluralidade de meios não judiciais de resolução de litígios, concebidos de uma forma integrada, poderão tornar a justiça mais acessível, mais eficiente e mais democrática.

A criação de um sistema extrajudicial de resolução de conflitos foi considerada “uma prioridade política”.

Dentro dos mecanismos de resolução alternativa de conflitos, destacamos a Mediação como exlibris. Entendida como uma resolução privada de conflitos e não como uma forma de justiça privada. A base da mediação é o tratamento dos mediados como seres humanos únicos.

Bibliografia:

AA.VV. “Mediation in action – A Mediação em Acção”, MEDIARCOM, Minerva Coimbra, 1ª Edição 2009,

ARAÚJO, Manuela, Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios e o acesso à Justiça, Revista Ensino Superior (revista do SNESUP), n.º 16, 2005, disponível em www.snesup.pt/htmls/EEZyZuKKyZRGJSepF.shtml (acedido em 19-7-2011).

CAMPOS, Joana, O Princípio da Confidencialidade na Mediação, Revista Scientia Iurídica, Tomo LVIII, 2009, n.º 318, pp. 311-333.

CEBOLA, Cátia Marques, A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico, Revista da Ordem dos advogados, Vol. I/IV, 2010, disponível em www.oa.pt.

CRUZ, Rossana Martingo, Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Figueiredo, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, Coimbra, 2007, p. 278.

GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. Paz e SÁNCHEZ URIOS Antonia, La mediación Familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares. Universidad de Murcia, Portularia 4, 2004, pp. 261-268.

GOUVEIA, Mariana França, Resolução Alternativa de Litígios, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 46.

LOEB, Leonard, “*New forms of Resolving Disputes – ADR – Family Law Quarterly*”, Vol.33, 1999, p. 581.

MATEUS, Carlos, Deontologia Forense, *O Dever de segredo*, disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/carlosmateus_segredoprofissional.pdf

NAVARRO, Fermín Romero, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales*, n.º 40, pp. 31-54

PEDROSO, João A construção de uma justiça de proximidade, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, 2001.

PEDROSO, João, e CRUZ, Catarina, A Arbitragem Institucional um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo, CES, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2000.

PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina, e DIAS, João Paulo, Percursos da informalização e da desjudicialização. Por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada), Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, CES Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2001.

PINTO, Carlos Alberto Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 194.

REIS, Sónia, “A vítima na Mediação penal em Portugal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol.I/IV, 2010 disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112725

RIOS, Paula Lucas, Mediação Familiar, Estudo Preliminar para uma regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal, V.2, 2005, Verbo Jurídico, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf>.

RODRIGUES, Ana Paula Trindade, A Mediação Familiar em Portugal, disponível em <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:-uMON6bKa2gJ:www.gral.mj.pt/userfiles/A%2520MEDIA%25C3%2587%25C3%2583O%2520FAMILIAR%2520EM%2520PORTUGAL.pdf>, (acedido em)

SIX, Jean-François, “Dinâmica da Mediação”, Delrey, Belo Horizonte, 2001.

SUARES, Marinés, “Mediando en Sistemas Familiares”

VARGAS, Lúcia Dias, Julgados de Paz e Mediação. Uma Nova Face da justiça, Coimbra, Almedina, 2006.

Páginas electrónicas consultadas:

www.jn.pt (Jornal de Notícias)

www.opj.ces.uc.pt (Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra)

www.snesup.pt (Revista Ensino Superior)

www.cmjornal.xl.pt (Correio da Manhã)

www.net.invirtus.net

www.gral.mj.pt (Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios)

www.mediadoresdeconflitos.pt

www.inter-mediacao.org

www.verbojuridico.com

www.oa.pt (Ordem dos Advogados)

www.mj.gov.pt (Ministério da Justiça)

www.dgpj.mj.pt